This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 061 300 331

U.

2nd copy

Die

Interdicte

zum

Schutze des Gemeingebrauches

von

Dr. August Abbelohde.

[Sonderausgabe von Glück's Pandektencommentar, Serie der Bücher 43 u. 44, Thl. 4.]

Erlangen,
Verlag von Palm & Enke.
(Carl Enke.)
1893.

For TX
U126in

APR 6 1933
416/33

Herrn

Oberbürgermeiſter Dr. W. André

in

Chemnitz,

in dankbarer Erinnerung

gütigſt gewährter nachhaltiger Anregung.

Inhaltsverzeichniß.

Lib. XLIII. Tit. VI.

Ne quid in loco sacro fiat.

Seite 1—15.

1. Der Titel giebt den Inhalt des Edicts über den Interdictenſchutz der res divini iuris nur unvollſtändig wieder: dieſer Schutz bezieht ſich auf die loca sacra und religiosa und iſt ſowohl reſtitutoriſch als prohibitoriſch S. 1—4. Dasſelbe iſt auch für die loca sancta anzunehmen S. 4—6. Die Interdicte betreffen nur eine nachtheilige Veränderung S. 6. Sie ſind definitiv und popular S. 6. Die Condemnation ging auf das Intereſſe S. 7. Die Interdicte beziehen ſich nicht auf ein sacrarium S. 7 f. Neben dem Interdictenſchutze ſtand die amtliche Fürſorge für die loca sacra und manche loca sancta S. 8.
2. Der gerichtliche Schutz der loca divini iuris beſteht im vollen edictsmäßigen Umfange bei Juſtinian fort S. 8 f. Im heutigen Rechte wird dem Schutzbedürfniſſe gewiſſer Sachen, dem bei res sanctae die Religion abhalf, durch das abſtracte Geſetz genügt, welches ihre Verletzung beſonders ſchwer ahndet S. 9 f. Völlig verſchwunden iſt der Begriff des locus religiosus S. 10. Friedhöfe ſind theils res sacrae im modernen Sinne, theils res publicae in publico usu S. 10 f. Der Begriff der res sacra iſt gänzlich umgeſtaltet S. 11 f. Gleichwohl ſind die römiſchen Interdictenklagen zum Schutz der res sacrae keineswegs bedeutungslos, insbeſondere nicht die prohibitoriſchen S. 12—15.

Lib. XLIII. Tit. VII.

De locis et itineribus publicis.

S. 16—212.

1. Dieſer Titel ſoll die Einleitung zu den Titeln 43, 8–11 einſchließlich bilden S. 16—18. Begriff der res publicae S. 18—24. L. 1 pr. D. de D. R. 1, 8 S. 18 f. L. 14 pr. D. de A. R. D. 41, 1 S. 19. Paul. R. S. V, 26, 3 S. 19 f. L. 2 pr. D. de D. R. 1, 8 S. 20 f. Pr. J. de R. D. 2, 1 S. 21. L. 16 D. de V. S. 50, 16 S. 21 f. L. 17 §. 1 eod. S. 22. L. 9 D. de usurp. 41, 3. l. 3 §. 4 D. quod vi 43, 24. l. 5 §. 4 eod. l. 1 §. 2 D. de mun. et hon. 50, 4. l. 2 §. 9 D. ne quid in loco publ. 43, 8 S. 22—24. L. 15 D. de V. S. 50, 16 S. 24.
2. Die res publicae ſind entweder in pecunia, patrimonio, bonis populi, fisci, Caesaris, civitatis, oder in publico usu S. 24 f. Der usus publicus wiederum iſt entweder Gemeingebrauch oder öffentlicher Dienſt S. 25 f. Auch die dem Gemeingebrauche oder dem öffentlichen Dienſt gewidmeten Sachen eines Gemeinweſens können werbendes Vermögen desſelben darſtellen S. 26—28.
3. Die res in patrimonio populi ſtehen grundſätzlich den Sachen im Eigenthume von Privaten rechtlich gleich S. 28. Die verſchiedenen Gruppen der Anſichten über das Rechtsverhältniß eines Gemeinweſens zu den res publicae in publico usu S. 28 f. Beſchränkung des Gegenſatzes auf die eigenthumsfähigen Sachen dieſer Art S. 29 f. Die Zweckbeſtimmung ſolcher Sachen für den usus publicus geſchieht durch Verfügung der zuſtändigen Behörde oder durch unvordenkliche Zeit S. 30 f. Zugleich die Beſtimmung über Art und Maß des Gebrauchs S. 31. Dieſelben Gründe beſeitigen die Eigenſchaft der res in publico usu S. 31 f.
4. Die Quellen ergeben einen unmittelbaren Beweis weder gegen, noch für das Eigenthum eines Gemeinweſens an

den ihm gehörigen res in publico usu. Gegen das Eigenthum beweisen nicht l. 1 pr. D. de D. R. 1, 8 S. 32 f., auch nicht l. 18 pr. und l. 3 §. 3 D. de a. et a. pl. 39, 3 S. 33—35. Umgekehrt beweisen für das Eigenthum nicht l. 1 pr. i. f. D. de D. R. 1, 8 cit. S. 36; l. 2 §. 21 init. D. ne quid in loco publ. 43, 8 S. 36—39. (Erklärung von l. 2 cit. §. 2 S. 38), l. 1 pr. D. de interd. 43, 1 S. 39—41 und §. 6 J. de R. D. 2, 1 S. 41 f.

5. v. Keller begründet das von ihm an die Stelle des Eigenthums gesetzte Hoheits- oder Polizeirecht nicht S. 43. v. Iherings Begründung S. 43—63. Der Gegensatz der res publicae in publico usu und der res in patrimonio populi beruht auf wirthschaftlicher Grundlage, nicht auf rechtlicher S. 43—45. Die Erwähnung des Staatseigenthums, welche v. Ihering für die res publicae in publico usu vermißt, steckt in dem Beiworte publicae zu res S. 45. L. 2 §. 2 D. ne quid in loco publ. 2, 8 hat v. Ihering falsch verstanden S. 45 f. v. Iherings Begriff des commercium ergiebt sich unmittelbar aus den Quellen nicht S. 46 f. Der öffentliche Gebrauch schließt nach v. Ihering das privatrechtliche Eigenthum aus S. 47—52. Dies ist falsch. Die Benutzungsbefugniß des Einzelnen an den res publicae in publico usu ist nach römischer Auffassung nicht ein eignes Recht des Einzelnen S. 52. L. 42 pr. D. de proc. 3, 3 S. 53 f. L. 3 §. 9 D. de sep. viol. 47, 12 S. 54. L. 3 cit. §. 12 S. 54. L. 2 §. 2 D. ne quid in loco publ. 43, 8 S. 54 f. L. 6 D. de pop. act. 47, 23 S. 55 f. Der Gemeingebrauch beruht auf der Zweckbestimmung, welche die res publica seitens des allein berechtigten Subjectes, nämlich des Gemeinwesens, erhalten hat S. 56 f. Diese Zweckbestimmung hebt das privatrechtliche Eigenthum des Gemeinwesens an der Sache nicht auf. v. Ihering bestimmt den Begriff des Eigenthums vom einseitigen Standpuncte des Einzelnen S. 57—63.

6. Bedeutung der Extracommercialität für res publicae in publico usu. Geschäfte Privater, welche die Zweckbestimmung einer solchen Sache beeinträchtigen würden, bleiben hinsichtlich ihres primären Inhalts wirkungslos S. 63 f.

Dies beruht auf Gewohnheitsrecht. L. 34 §. 1 D. de C. E. 18, 1 S. 65—71. Aus der Unstatthaftigkeit aller Rechtsgeschäfte Privater, welche den usu publicus beeinträchtigen würden, folgt, daß die Sachen im öffentlichen Gebrauche den Gläubigern des Gemeinwesens nicht haften können S. 71 f. Soweit jene Sachen zugleich werbendes Vermögen bilden, haften sie, sofern die Proceßordnung eine geeignete Zwangsvollstreckung kennt S. 72—75. Die Usucapionsunfähigkeit liegt nicht im Begriffe der Extracommercialität, sondern ist für res publicae in publico usu dieser aus Zweckmäßigkeit beigefügt. L. 9 D. de usurp. 41, 3 S. 75 f. Praktische Bedeutung der Usucapionsunfähigkeit S. 76 f. Die außerordentliche Ersitzung ist nicht ausgeschlossen S. 77 f. Auf die Ausschließung des Eigenthums an res publicae in publico usu deutet nicht l. 1 §. 22 D. de a. v. o. p. 41, 2 S. 78—81.

7. Nach v. Ihering wird das Recht eines Gemeinwesens an res publicae in publico usu weder erworben noch verloren, wie Eigenthum; es ist unübertragbar; es kann nicht vindicirt und vom Gemeinwesen als solchem nicht ausgeübt werden S. 81. Allein die Verschiedenheit der Ausübung beruht auf der Verschiedenheit der wirthschaftlichen Aufgaben, welche den Privaten einerseits, den Gemeinwesen anderseits gestellt sind S. 81 f. Die Vindication der res publicae in publico usu ist allerdings möglich S. 82. Die Behauptung v. Ihering hinsichtlich des Erwerbs beweiset entweder nichts, oder sie ist irrig S. 82—84. Der Verlust durch Ersitzung seitens eines Dritten ist freilich ausgeschlossen; allein die Usucapionsunfähigkeit verträgt sich mit dem Eigenthume recht wohl S. 84 f. Andre Erlöschungsgründe des Eigenthums, wie außerordentliche Ersitzung, Untergang der Sache, vernichten auch das Recht des Gemeinwesens an einer ihm gehörigen Sache in publico usu S. 85. (Der Untergang des Gebäudes als solcher nimmt dem Bauplatze die Eigenschaft der res in publico usu nicht S. 85.) Ebenso die Dereliction S. 86. Ist das Recht des Gemeinwesens an einer res in publico usu Eigenthum, so ist die Verfügung der zuständigen Behörde, welche den usus publicus aufhebt, nur eine Aende-

rung der Zweckbestimmung S. 86. Ist jenes Recht ein publicistisches, so ist diese Verfügung eine Entäußerung desselben; unerklärt aber bleibt, wie an Stelle jenes Rechtes das privatrechtliche Eigenthum tritt S. 86 f. (Eine bloße Aenderung der Art des öffentlichen Gebrauchs hebt die Eigenschaft der res in publico usu nicht einmal vorübergehend auf S. 87 f.) Die Unübertragbarkeit der res publicae in publico usu würde nichts gegen das Eigenthum des Gemeinwesens daran beweisen S. 88; noch weniger die bloße Erschwerung der Uebertragung S. 88. In Wahrheit ist das Recht an einer res publica in publico usu als solcher übertragbar, jedenfalls durch Gesetz S. 88 f. und durch Staatsvertrag S. 89 f., aber auch durch privatrechtlichen Vertrag. Beispiele S. 90—94.

8. Gründe für das privatrechtliche Eigenthum des Gemeinwesens an den ihm gehörigen res in publico usu. Ihm kommen die Nebennutzungen zu S. 94 f. Ebenso die Berechtigungen des Grundeigenthümers in Beziehung auf den Raum über und unter der Erdoberfläche S. 95. Ferner der Bodenzins von Anlagen Privater auf loca publica S. 95—97; Marktstandsgelder, Schlachthausgebühren S. 97 f.; die Eigenthümerhälfte des in loco publico gefundenen Schatzes S. 98—104. Das Gemeinwesen ist wie der private Grundeigenthümer zur cautio damni infecti verpflichtet S. 104 f. Die Beschlußfassung über Sachen im Gemeingebrauch erfolgt in gleicher Weise wie diejenige über Kämmereigut S. 105. Vindication dieser Sachen S. 105—107. Anerkennung des privatrechtlichen Eigenthums an res publicae in publico usu durch die Gesetzgebung S. 107—109.

9. Gründe dagegen, daß das Recht des Gemeinwesens an den ihm gehörigen res in publico usu ein Hoheits- oder ein Polizeirecht sei. Den Gemeinden fehlt vielfach die Polizeigewalt; Hoheitsrecht hat stets nur der Staat S. 109 f. Beispiele für den Gegensatz des Polizeirechtes und des Rechtes der Gemeinde an res in publico usu S. 110—115. Hoheits- und Polizeirechte sind ganz ausgeschlossen bei Sachen, die dem öffentlichen Dienste unterliegen S. 115. Vollends bei solchen, die einen Gemeinbedarf decken S. 116 f.

Auch an Festungswerken ist die Militärhoheit des Staates zu trennen von seinem privatrechtlichen Verhältnisse S. 117 f. Dieselben Gründe sprechen gegen Eiseles publicistisches Eigenthum; zudem ändert die Zweckbestimmung einer eigenthumsfähigen Sache für den usus publicus deren natürliche Beschaffenheit nicht S. 118—120. Die positivrechtlichen Besonderheiten der res publicae in publico usu bilden keine Beschränkungen für das Eigenthum des Gemeinwesens S. 120.

10. Ein öffentlicher Gebrauch, welcher die ganze Sache nach ihrer gesammten Leistungsfähigkeit dauernd in Anspruch nähme, würde sie für den Privateigenthümer werthlos machen S. 120 f. Dagegen verträgt sich das Privateigenthum mit einem öffentlichen Gebrauche, der entweder nur an einem Theile der Sache haftet oder dem Eigenthümer noch einen Vortheil übrig läßt S. 121. Oeffentliche Superficies S. 121 f. Personalservitut des Staates für den öffentlichen Dienst S. 122 f. (dazu Berichtigungen und Zusätze zu S. 122 N. 57a.) Nutzungsgerechtsame des Staates oder der Gemeinde für den Gemeingebrauch. Fälle des römischen Rechts: zwecks der Schifffahrt an den im Privateigenthume stehenden Ufergrundstücken eines Flusses und an Wegen auf Privatgrundstücken S. 123. In Deutschland sind viele derartige Verhältnisse auf der Grundlage der Markgenossenschaft und des Gemeindeverbandes entstanden S. 123 f. Als legitimirt zur Klage gilt allgemein die Gemeinde, aber nicht immer kraft eignen Rechtes S. 124 f. Die Nutzungsbefugniß des Einzelnen läßt sich nicht auf ein ihm unmittelbar zustehendes Recht an der Sache zurückführen S. 125. Subject des diese Befugniß begründenden Rechtes ist das Gemeinwesen S. 125 f. Dieses Recht ist kein Hoheits- oder Polizeirecht S. 126 f. Es ist eine privatrechtliche Servitut, und zwar eine Personalservitut S. 127—132. Wichtigkeit dieser Auffassung für den Gesetzgeber S. 132—135. Mit der veränderten Bedeutung der Popularinterdicte, durch welche das römische Recht die ihm bekannten Verhältnisse dieser Art schützte, ist die Nutzungsbefugniß des Einzelnen zu einem Privatrechte servitutischer Natur geworden S. 135—137. Ent-

ſtehung ſolcher Verhältniſſe: Vertrag der Vertretung des Gemeinweſens mit dem Eigenthümer S. 137 f.; Vermächtniß des Eigenthümers, ſofern die legati veniente die Vertretung des Gemeinweſens die Widmung annimmt S. 138; Erſitzung: ordentliche, ſofern die Vertretung des Gemeinweſens den animus possidendi erklärt S. 138—140, unvordenkliche auch ohne dies S. 140. Beſeitigung des Gemeingebrauchs: Vertrag zwiſchen Grundeigenthümer und Vertretung des Gemeinweſens S. 140. Kein Untergang durch Nichtgebrauch in beſtimmter Zeit. L. 2 D. de via publ. ref. 43, 11 S. 141 f. Unvordenkliche Zeit S. 142. Der öffentliche Gebrauch an einer res privata entzieht dieſe dem commercium nicht S. 142—144.

11. Ueber die Nutzungen der Sache, welche der Gemeingebrauch dem Eigenthümer übrig läßt, kann dieſer frei verfügen, auch indem er Dritten obligatoriſche oder dingliche Rechte einräumt, welche jene Nutzungen gewähren S. 144 f. Servituten dieſes Inhaltes werden in 10 oder 20 Jahren erſeſſen S. 145. An res in publico usu kann auch ein Gebrauch Einzelner ſtatthaft ſein, der den Gemeingebrauch beſchränkt S. 146 f. L. 6 Cod. de op. publ. 8, 11 beweiſet nichts dagegen S. 147 f. Zur Begründung dieſes Verhältniſſes bei Beſtehen des Gemeingebrauchs durch Rechtsgeſchäft iſt Zuſtimmung der zuſtändigen Behörde und, ſofern dieſe Behörde nicht zugleich den Eigenthümer der Sache vertritt, deſſen Zuſtimmung erforderlich; dingliche Gebrauchsrechte derart entſtehen auch kraft unvordenklicher Uebung S. 148 f. Verſchieden von ſolchen iura singulorum ſind bevorzugte Weiſen im Gemeingebrauch ſelbſt S. 149. Solche können ſich aus dem Inhalte des Gemeingebrauchs ergeben, aber auch kraft Rechtsvorſchrift S. 149 f. Quellenausſprüche S. 150—156. Die longi temporis praescriptio in l. 7 D. de div. temp. praescr. 44, 3 und in l. 45 pr. D. de usurp. 41, 3 bezieht ſich nicht auf Servituten an res in publico usu S. 156—162. Weſen der Sonderrechte an Sachen im Gemeingebrauche S. 162 f. Die ſ. g. Anliegerrechte ſind derartige Rechte nicht S. 163—165.

12. Der Schutz der dem öffentlichen Dienſte gewidmeten res

publicae iſt der gewöhnliche. (S. Berichtigungen und Zuſätze.) Der Schutz des Gemeingebrauches liegt zunächſt von Amtswegen den Verwaltungsbehörden ob S. 165 f. Daneben hat das römiſche Recht zwecks dieſes Schutzes eine Reihe von Popularinterdicten S. 166 f. Ferner die operis novi nuntiatio publici iuris tuendi gratia S. 167, vermuthlich auch eine actio popularis auf Beſeitigung eines unbefugt in loco publico beerdigten Leichnams. L. 8 §. 2 D. de relig. 11, 7, l. 2 h. t. S. 168 f. Ferner ein crimen extraordinarium in demſelben Falle S. 169 und bei Verunreinigung von res in publico usu. Paul. V, 4, 13 = l. 1 §. 1 D. de extraord. crim. 47, 11 S. 169 f. Zum Schutze des Privatintereſſe bei Gefährdung des bisher genoſſenen Gemeingebrauchs an loca publica dient das interdictum privatum Ne quid in loco publico fiat S. 170 und zum Erſatze des durch ein opus vi aut clam in solo publico factum verurſachten Schadens das interdictum Quod vi aut clam S. 170 f. Bei Verhinderung des Einzelnen am Gemeingebrauche ohne Gefährdung und Schädigung des letztern ſelbſt hat der Verhinderte die actio iniuriarum. L. 13 §. 7 D. de iniur. 47, 10. l. 2 §. 9 D. ne quid in loco publ. 43, 8 S. 171 f. Auch in der Gegenwart liegt den Verwaltungsbehörden der Schutz des Gemeingebrauchs von Amtswegen ob S. 172 f. Daneben iſt der Gemeingebrauch in weiterm Umfange als in Rom unter den Schutz der Strafgeſetze geſtellt S. 173. Die Popularinterdicte zum Schutze des Gemeingebrauchs ſind heute nur noch in Geltung, ſoweit ſie das Privatintereſſe daran ſchützen S. 173 f. Damit iſt die durch ein ſolches Interdict geſchützte Befugniß ein Privatrecht ſervitutiſcher Art geworden S. 174. Sein Unterſchied von gewöhnlichen Servituten: es kann vom Einzelnen weder erworben noch verloren werden S. 174; es bildet keinen beſondern Vermögensposten S. 174 f.; es erliſcht ohne Entſchädigungsanſpruch durch Beſchluß der zuſtändigen Behörde S. 175. Kritik der Gründe für die abweichende Anſicht S. 175—190. Nach RCPO. §. 231 findet für dasſelbe Feſtſtellungsklage ſtatt S. 190 f. Eine quasi-confessoria dagegen iſt nicht anzunehmen S. 191 f. Ebenſo

wenig eine quasi-negatoria der Gemeinberechtigten und der Vorzugsberechtigten wider Ueberschreitungen des Gemeingebrauchs S. 192 f. Dagegen steht diese Klage hier dem Eigenthümer der res in publico usu zu S. 193—196. Vorzugsberechtigte haben hier die confessoria S. 196, die Gemeinberechtigten die Popularinterdicte in heutiger Gestalt S. 196 f. Die operis novi nuntiatio publici iuris tuendi gratia ist unpraktisch S. 197; ebenso die Popularklage aus l. 8 §. 2 D. de relig. 11, 7 S. 197 und die römische actio iniuriarum wegen Verhinderung am Gemeingebrauche S. 197—202.

13. Der Begriff des locus publicus beruht auf dem Eigenthume eines Gemeinwesens. L. 2 §. 3 D. ne quid in loco publ. 43, 8 S. 202 f. Das interdictum de loco publico bezieht sich nur auf diejenigen loca publica, welche dem Gemeingebrauche unterliegen. L. 2 cit. §. 4 sq. S. 203 f. Zu diesen loca publica gehören auch die viae publicae i. e. S. L. 2 cit. §§. 21 sq. S. 204—206. Via privata ist als Gegensatz dazu ein Weg, dessen Boden Eigenthum von Privaten ist. L. 2 cit. §. 23 S. 206 f. Verschiedene Fälle der viae privatae: 1) Weg ausschließlich für den Gebrauch des Grundeigenthümers selbst S. 207, 2) Wegeservitut S. 207, 3) via duorum communis S. 208 (confinium S. 209), 4) viae vicinales S. 209 f. L. 3 pr. h. t. S. 210. Die viae vicinales bilden ihrer Zweckbestimmung wegen eine Mittelclasse zwischen den viae privatae i. e. S. und den viae publicae i. e. S. L. 3 §. 1 h. t. L. 2 §. 22 D. ne quid in loco publ. 43, 8 S. 210. In einem weitern Sinne ist via publica jeder Weg, der rechtlich dem Gemeingebrauche unterliegt. Festus s. v. viae S. 211. Dieser weitere Begriff gilt für die Popularinterdicte über die öffentlichen Wege S. 211. Itinera publica S. 211 f.

Lib. XLIII. Tit. VIII.

Ne quid in loco publico vel itinere fiat.

S. 213—283.

1. Ueberſicht über den Inhalt dieſes Titels S. 213. Die drei erſten der vier in demſelben behandelten Interdicte waren vermuthlich proponirt unter der Rubrik: Ne quid in loco publico vel itinere fiat; quod in itinere publico factum erit, ut restituatur S. 213 f. Alle vier ſind endgültige Rechtsbehelfe S. 214 f.

I. Das interdictum Ne quid in loco publico fiat, quo damnum privato detur. S. 216—259.

2. L. 1 h. t. S. 216. L. 2 pr. eod. S. 216 f. L. 2 §§. 1 und 2 eod. S. 217. Schulting ad h. l. S. 217 f. Die Gloſſe ad h. l. S. 218—220. Das Interdict iſt ein privatum. L. 6 h. t. S. 220 f. Durch Aufſtellung des Interdicts hat der Prätor dem einzelnen Bürger gegenüber allen anderen ein Privatrecht auf den Gemeingebrauch der loca publica gegeben S. 221 f. L. 5 D. h. t. S. 222. Als locus publicus gilt für unſer Interdict nur ein dem Gemeingebrauche unterliegendes Grundſtück, das im Eigenthume eines Gemeinweſens ſteht. L. 2 §§. 3—5 h. t. S. 223 f. Gemeingebrauch am Meere und deſſen Geſtade. L. 3 pr. h. t. S. 224—226. Rechtliche Schranken dieſes Gemeingebrauchs; interdictum Ne quid in loco publico fiat utile. L. 3 §. 1. l. 4. l. 2 §. 8 h. t. S. 226—228. Schutz deſſen, der am Geſtade oder im Meere baut. L. 50 D. de a. r. d. 41, 1 S. 229 f.

3. Das Interdict ſchützt nur gegen Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs durch dauernde Anlagen S. 230 f. L. 2 §. 6 h. t. S. 231 f. L. 2 §. 18 S. 232 f. Cautionsleiſtung infolge des Interdicts S. 233. Gegen andere Behinderung des Gemeingebrauchs ſchützte im römiſchen Rechte die actio iniuriarum. L. 2 §. 9 h. t. l. 13 §. 7 D. de iniur. 47, 10 S. 233 f. Heute findet ſtrafrechtlicher Schutz ſtatt S. 234.

Das Interdict schützt nur gegen künftige Anlagen; gegen bereits errichtete ist eine privatrechtliche Klage nicht statthaft L. 2 §. 17. l. 7 h. t. S. 235 f., abgesehen von öffentlichen Wegen und von loca sacra religiosa sancta. L. 2 §. 19 h. t. S. 237. Wohl aber verbietet unser Interdict Ausbesserung bestehender Anlagen. L. 2 §. 7 S. 237.

4. Thatsächliche Voraussetzung des Interdicts ist eine Benachtheiligung des Impetranten durch die Anlage in seinem Verhältnisse zum locus publicus. L. 2 §. 10 h. t. S. 237 f. Begriff der Benachtheiligung. L. 2 cit. §. 11. §. 12 §. 14 S. 238 f. vgl. §. 13 S. 239 und §. 15 S. 239 f. Selbst die landesherrliche Genehmigung zu einer Anlage in loco publico soll grundsätzlich nur ergehen unter der Voraussetzung, daß ein Dritter dadurch keinerlei Nachtheil hinsichtlich des Gemeingebrauchs erleide. L. 2 cit. §. 16 S. 240 f. Demnach enthält die schlichte Genehmigung einer Privatanlage auf einem dem Gemeingebrauche unterliegenden Platze die stillschweigende Auflage, die dadurch im Gemeingebrauche Benachtheiligten zu entschädigen S. 241—243. Veranschaulichung der Nothwendigkeit dieses Satzes durch einen Rechtsfall S. 243—259.

II. Das interdictum Ne quid in via publica itinereve publico fiat immittatur, quo ea via idve iter deterius sit fiat. S. 259—271.

5. L. 2 h. t. §. 20 S. 259 f. Im Sinne des Interdicts ist via publica ohne Unterschied des Grundeigenthümers jeder Weg, an welchem rechtlich Gemeingebrauch besteht S. 260 f. L. 2 §. 24. Das Interdict gilt nur für Wege außerhalb einer Stadt S. 261. L. 2 §. 25. Auch bei viae publicae außerhalb der Stadt fand eine amtliche Fürsorge statt S. 261. Folglich steht der heutigen Anwendung des Interdicts kein Bedenken entgegen S. 261—263. L. 2 §. 26 S. 263. L. 2 §. 27 S. 263 f. L. 2 §. 28 init. Zurückstauen des auf einem öffentlichen Wege vorhandenen Wassers ist ein immittere S. 264 f. Muß der Anlieger selbst von einem dritten Grundstücke Wasser aufnehmen, so begeht er eine interdictswidrige immissio nicht, wenn

er dieſes auf den öffentlichen Weg ablaufen läßt. L. 2 §. 28 cit. i. f. S. 265 f. Als interdictswidrig gilt auch die Verpeſtung durch üble Gerüche. L. 2 §. 29 S. 266 f. Nicht minder ein Beweiden, das den Weg verſchlechtert. L. 2 §. 30 S. 267. Das Interdict verbietet nicht nur ein Gebahren, das den Weg ſofort verſchlechtert, ſondern auch ein ſolches, das ihn erſt allmählich zu verſchlechtern droht. L. 2 §. 31 S. 267. Begriff der Verſchlechterung. L. 2 §. 32 S. 267 f. Das Interdict verbietet auch Unterführung und Ueberbrückung öffentlicher Wege. L. 2 §. 33 S. 268 f. L. 2 §. 34 S. 269—271.

III. Das interdictum Quod in via publica itinereve publico factum immissum habitum est, ut restituatur. S. 271—278.

6. L. 2 §. 35 S. 271. L. 2 §. 36 S. 271 f. L. 2 §. 37. Die Paſſivlegitimation beſteht im habere factum immissum S. 273. Begriff des habere. L. 2 §. 38 S. 273 f. L. 2 §. 41 S. 274. Haftung des dolo habere desinens. L. 2 §. 42 S. 274 f. Utile interdictum gegen den Thäter, der sine dolo malo das habere aufgiebt, ohne daß ein Andrer es erlangt L. 2 §. 39 S. 275 f. L. 2 §. 40 S. 276. Haftung des Impetraten L. 2 §. 43 S. 276 f. Das Interdict iſt perpetuum L. 2 §. 44 init. S. 277. Umfang der condemnatio L. 2 §. 44 i. f. S. 277 f.

IV. Das interdictum Ut via publica itinereve publico ire agere liceat. S. 278—283.

7. L. 2 cit. §. 45 h. t. L. 2 §. 1 D. de interd. 43, 1. L. 42 pr. D. de proc. 3, 3. Die letzte Stelle bezieht ſich auf unſer Interdict; dieſes iſt nach ihr und l. 2 §. 1 cit. popular S. 278—280. Es bezieht ſich auf alle Wege in Gemeingebrauche S. 280. Dagegen beſchränkt es ſich nicht auf die Wege außerhalb einer Stadt S. 280 f. Es dient gegen künftige Verhinderung an der Benutzung eines dem Gemeingebrauche unterliegenden Weges, welche dieſen Gemeingebrauch ſchädigen würde S. 281 f., insbeſondere gegen ſolche Verhinderung, welche nicht aus Anlagen oder Immiſſionen drohen S. 282. Heute genügt die Beſorgniß

einer persönlichen Verhinderung des Klägers S. 282 f. Paul. R. S. V, 6, 2 S. 283.

Lib. XLIII. Tit. IX.

De loco publico fruendo.

S. 284—309.

1. L. 1 pr. h. t. Widerlegung der Ansicht, wonach dieses Interdict denjenigen schützt, der die Erhebung des dem Staate oder einer Gemeinde geschuldeten Pachtzinses gepachtet hat: hierauf bezogen wäre es zwecklos S. 284—287; zudem ergiebt l. 13 §. 7 D. de iniur. 47, 10, daß es denjenigen schützt, der publice die unmittelbare Bodennutzung gepachtet hat S. 287 f. Es vereinigt die Functionen adipiscendae, recuperandae, retinendae possessionis S. 288. Der Anlaß zu seiner Aufstellung liegt in der Klaglosigkeit der Verbindlichkeiten des Aerars gegen seinen Pächter. L. 1 §. 1 h. t. S. 288 f. Erstreckung des Interdicts auf Pachtungen von Gemeinden aus Zweckmäßigkeit. L. un. §. 7 D. ut in flum. publ. navig. 43, 14 S. 289—293.
2. Vortheile unseres Interdicts vor den Besitzinterdicten S. 294 f. Verhältniß zum interdictum de superficiebus S. 295. Die Besitzinterdicte concurriren mit unserm Interdicte nicht S. 296 f. Dieses ist älter als jene S. 297. Als Pacht galt auch das Verhältniß dessen, der ein Stück vom ager publicus occupirt S. 297. Jenes Verhältniß wird nicht geschützt durch die Besitzinterdicte S. 297—299. Ferner galt unser Interdict nach der Ansicht vieler Römer auch für die Erbpacht von Staat oder Gemeinde S. 299 f. Deshalb wurde auch letztere nicht durch die Besitzinterdicte geschützt S. 300 f. Mit Rücksicht darauf, daß die Erbpacht nicht allgemein als locatio conductio galt, sind utiles in rem actiones für sie aufgestellt S. 301 f.
3. Voraussetzungen des Interdictes sind Zuständigkeit der verpachtenden Behörde S. 302 und Contractmäßigkeit der

ſtreitigen Nutzung. L. 1 §. 3 h. t. S. 302 f. Unſer Interdict iſt ein endgültiger Rechtsbehelf S. 303. Es ſteht auch dem Geſellſchafter des Pächters zu; doch geht bei gleichzeitigem Antrage dieſer jenem vor. L. 1 §. 2 h. t. S. 303 f.

4. L. 2 h. t. Rechtsverhältniß der erlaubterweiſe in publico aufgeſtellten Bildſäulen. L. 41 D. de a. r. d. 41, 1; l. 23 D. de exc. 44, 1; l. 29 D. de reb. auct. 42, 5; l. 11 §. 1 D. quod vi 43, 24 S. 304—306. Ungeachtet der Abſicht deſſen, der eine Bildſäule in publico aufſtellt, deren Eigenthum auf die Gemeinde zu übertragen, erfolgt der Eigenthumsübergang nicht, weil nach römiſcher Auffaſſung eine universitas nicht unmittelbar Beſitz erwerben kann. L. 1 §. 22 D. de a. p. 41, 2 S. 306 f. Zweckmäßigkeit unſeres Interdicts in den Fällen, in denen die Aufſtellung der Bildſäule ohne jene Abſicht geſchieht S. 307 f.

5. Heutige Anwendbarkeit des Interdicts S. 308. Seine Erſtreckung auf die Pacht der Fiſcherei von Staat oder Gemeinde S. 308. Für Erbpacht von Staat oder Gemeinde unterſcheidet ſich das Interdict von den in rem actiones des Erbpächters kaum noch S. 308 f. Bedeutungsloſigkeit des Interdicts nach dem Entwurfe eines bürgerlichen Geſetzbuches §§. 819 f. S. 309.

Lib. XLIII. Tit. X.

De via publica et si quid in ea factum esse dicatur.

S. 310—314.

1. L. un. pr. S. 310—312. L. un. §. 1 S. 312. L. un. §. 2 S. 312. L. un. §. 3 S. 312 f. L. un. §. 4 S. 313. L. un. §. 5 S. 313. Vergleichung mit der lex Julia municipalis v. 20—73 S. 313 f.

Lib. XLIII. Tit. XI.

De via publica et itinere publico reficiendo.

S. 315—322.

1. L. 1 pr. S. 315. L. 1 §. 1 S. 315 f. L. 1 §. 2 S. 316 f. L. 1 §. 3 S. 318 f.
2. L. 2 S. 319.
3. L. 3 pr. Es gibt keine besondere actio viae receptae oder reiectae; die hier gemeinte Klage ist eine actio legis Aquiliae utilis S. 320—222. L. 3 §. 1 S. 322.

Lib. XLIII. Tit. XII.

De fluminibus . ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur.

S. 323—513.

1. Vermuthlich waren die Titel 43, 11—15 einschließlich unter der Rubrik de fluminibus zusammengefaßt; jedenfalls giebt l. 1 §§. 1—10 eine Einleitung zu ihnen S. 323. Begriff des flumen publicum. L. 1 cit. §§. 1—4 h. t. Die Bäche unterscheiden sich rechtlich nicht von den flumina; l. 17 §. 3 D. de a. et a. pl. a. 39, 3 und Festus s. v. rivus beweisen nichts für den Unterschied N. 1b S. 325 f.; für ihre Gleichstellung zeugt Siculus Flaccus Lachm. p. 150 v. 24 sqq.—p. 151 v. 5 S. 323—329. Die natürliche Unterscheidung der flumina in perennia und torrentia ist die Grundlage der rechtlichen in publica und privata nach dem Wesen der aqua profluens. Jede tropfbare Flüssigkeit, welche sich im Fließen befindet und nicht etwa eingefangen ist, entzieht sich dem Besitze und dem Eigenthume S. 329 f. Begriff des Eingefangenseins; eingefangenes fließendes Wasser in Leitungen darf ohne besonderes Recht niemand benutzen, als dessen Eigenthümer

S. 330—334. Die Regelung der Waſſernutzung unter mehreren Betheiligten mittels der actio communi dividundo (L. 19 §. 4 D. comm. div. 10, 3 N. 7 S. 334) und des interdictum duplex de aqua cottidiana (Paul. V, 6, 9 N. 9 S. 335 f.) ſetzt voraus, daß Unbetheiligte zur Nutzung nicht befugt ſind S. 334—336; die confessoria und das interdictum de aqua cottidiana ſchützen auch das Leitungswaſſer S. 336 f.; willkürliche Waſſerableitung aus öffentlichen Leitungen ſchwer beſtraft S. 337 f. Furtum an Leitungswaſſer S. 338. Nicht eingefangen und deshalb noch herrenlos iſt Leitungswaſſer, ſolange es freien Abfluß hat S. 338 f.; und eingefangenes Waſſer wird herrenlos, ſobald es wegläuft S. 339. Begriff der aqua profluens S. 339. Sie iſt nicht nur herrenlos, ſondern auch communis omnium, weil ſie benutzt werden kann, ohne Eigenthum des Benutzenden zu werden S. 339—341. L. 2 §. 1 D. de D. R. 1, 8 S. 340 f. Perenniren iſt für den Begriff der aqua profluens nicht nöthig S. 341—344.

2. Die aqua profluens entzieht ihr Bette der vollen rechtlichen Herrſchaft. Bei nicht perennirenden Waſſerzügen iſt dadurch das Eigenthum am Bette nicht ausgeſchloſſen S. 344; ebenſowenig da, wo der Waſſerdurchlauf beliebig abgeſtellt werden kann S. 345. Ausgeſchloſſen iſt das Eigenthum am Bette eines von perennirendem Waſſer durchfloſſenen natürlichen Waſſerzuges oder eines ganz an die Stelle eines ſolchen getretenen künſtlichen L. 1 §. 8 h. t. S. 345—348. Ein Grundſtück wird deshalb dem Beſitze und dem Eigenthume entzogen, ſobald es Bette eines derartigen Waſſerzuges wird. L. 1 §. 7 i. f. h. t. l. 3 §. 17 D. de a. v. a. p. 41, 2. l. 30 §. 3 eod.; l. 4 §. 1 D. de D. R. 2, 1; l. 7 §. 5 D. de a. r. d. 41, 1 S. 348—350. l. 23 D. quib. mod. ususfr. amitt. 7, 4 S. 350. Eine bloße Ueberſchwemmung dagegen ändert an Beſitz und Eigenthum nichts. L. 1 §. 9 h. t. l. 7 §. 6 D. de a. r. d. 41, 1. l. 30 §. 3 eod. l. 14 pr. D. quemadm. serv. 8, 6. l. 24 pr. §. 1 quib. mod. ususfr. am. 7, 4 S. 351—354. Stehendes Waſſer als ſolches iſt dem Eigenthume nicht entzogen, wenn ſeine Maſſe, Tiefe,

Wirkung nicht zu groß ist. L. un. §§. 3—6 D. ut in flum. navigare lic. 43, 13 S. 354 f. Gefriert fließendes Wasser, so unterliegt es der Eigenthumsoccupation S. 355 f.

3. Soweit perennirendes Wasser sein Bette dauernd verlassen hat, ist letzteres dem Eigenthume zugängig. Nach der herrschenden Ansicht unterlag im römischen Rechte der alveus relictus zwischen agri limitati der willkürlichen Occupation zu Eigenthum S. 356 f. Dies sagt l. 1 §. 7 h. t. nicht. Dreifache Behandlung eines Flusses bei der Assignation einer Flur: 1) der Fluß und seine nächste Umgebung blieb als subsecivum liegen Sicul. Flacc. p. 157 v. 18—20; 2) es wurde ihm ein Stück Landes zugewiesen wie einem vetus possessor ein locus exceptus. Sicul. Flacc. p. 157 v. 18—p. 158 v. 7. Hygin. p. 120 v. 7—12. p. 125 v. 5—18; 3) er wurde mitassignirt Frontin. p. 51 v. 3—17. Im Falle 3 wurde der alveus relictus Eigenthum dessen, dem der Fluß assignirt worden; im Falle 2 wurde den Anliegern soweit möglich die Benutzung des dem Flusse assignirten Stückes gestattet, bei Verlegung des Bettes innerhalb dieses Stückes also auch die Benutzung des alveus relictus; demnächst wurde manchmal den Anliegern das von ihnen in Benutzung genommene Stück verkauft; im Falle 1 wurde den Anliegern gestattet, die subseciva zu benutzen, Vespasian nöthigte sie zu deren Ankauf S. 357—361. Die Möglichkeit willkürlicher Occupation zu Eigenthum lag demnach bei agri limitati nur dann vor, wenn der Fluß sein Bette ganz aus dem ihm zugewiesenen Stücke verlegt hatte S. 362 f. Der alveus relictus dagegen innerhalb eines subsecivum war Staatseigenthum Frontin. p. 54 v. 1—7. p. 20 v. 7—p. 21 v. 1. p. 50 v. 8—20 S. 363 f. Ebenso innerhalb des bei Veräußerung von agri quaestorii oder bei Verleihung von agri vectigales Uebriggebliebenen S. 364. Für uns gilt das Recht der agri limitati nicht mehr S. 365. Bei agri arcifinales wächst der alveus relictus ohne weiteres den Anliegern zu. l. 1 §. 7 h. t.; l. 30 §. 3 D. de a. r. d. 41, 1; l. 7 §. 5 eod. §. 23 J. de R. D. 2, 1; l. 56 §. 1 D. de a. r. d. 41, 1 S. 366 f. Abweichende Ansicht des Cassius Longinus. Hygin. p. 124

v. 11 sqq.—p. 125 v. 4 S. 367—369. Anwachsendes Land wird bei agri arcifinales stets Eigenthum des Anliegers, anders bei agri limitati. L. 16 D. de a. r. d. 41, 1. Aggen. Urb. p. 16 v. 25—p. 17 v. 2. Frontin. p. 49 v. 17—p. 50 v. 7 S. 369—372. Anlandungen in dem mitassignirten Stücke eines Flusses werden Eigenthum dessen, dem dieses Stück assignirt war S. 372. War dem Flusse selbst ein Gebiet zugewiesen, oder war das Flußgebiet subsecivum, so wurde die Anlandung geradeso behandelt, wie die alte Länderei S. 372. Widerlegung Schraders, der in der Zuweisung eines Gebietes an den Fluß die Erstreckung des Alluvionsrechtes auf agri limitati sieht S. 372 f. Nov. Theod. II. 20 hat das Recht der agri limitati nicht aufgehoben S. 373—375. Auch die insula in flumine nata wird bei agri arcifinii anders behandelt, als bei agri limitati. L. 1 §. 6 h. t. S. 375. Gleichgültig ist dieser Unterschied für die Insel, welche durch einen neu entstandenen Flußarm gebildet wird. L. 1 §. 10 h. t. S. 375. Ebenso für eine schwimmende Insel. L. 65 §. 2 D. de a. r. d. 41, 1 S. 375 f. L. 1 §. 6 cit. h. t. ist nicht so zu verstehen, als ob die insula nata zwischen agri limitati unter allen Umständen der willkürlichen Occupation zu Eigenthum unterliege. War das Flußbette einem Einzelnen assignirt, so gehörte die innerhalb des assignirten Flußtheiles entstandene Insel diesem Einzelnen; war das Flußbette subsecivum, so wurde sie behandelt wie die subseciva überhaupt; eine willkürliche Occupation der Insel war nur zulässig, wo das Flußbette dem Flusse selbst zugewiesen war S. 376 f. Das Recht der subseciva galt für das Gebiet eines jeden Flusses, dessen Ufer von Staatswegen begrenzt waren, so namentlich für die Tiber. Frontin. p. 55 v. 19 sq. S. 377 f. Hierin liegt die Erklärung von l. 65 §. 4 D. de a. r. d. 41, 1 S. 378 f.

4. Bei agri limitati folgt die Behandlung der insula in flumine nata und des alveus relictus aus deren Wesen S. 380. Bei agri arcifinii hat man sie zu erklären versucht mittels der Annahme, schon der Boden des Flußbettes stehe im Eigenthume der Anlieger, das einstweilen

nur ſuspendirt ſei S. 380 f. Widerlegung dieſer Erklärung S. 381—383. Sie iſt auch nicht zu ſtützen auf l. 30 §. 1 D. de a. r. d. 41, 1 S. 383—386. Gai. II, 70 S. 386 f. L. 7 §. 1 D. de a. r. d. 41, 1 S. 387. Meinungsverſchiedenheiten der Römer über alluvio und alveus relictus bei agri arcifinii. Frontin. p. 49. Hygin. p. 124 S. 387 f. Begründung des Erwerbs durch alluvio S. 388—390. (L. 3 §. 2 D. de aq. cott. 43, 20 S. 389 N. 2a a. E.) L. 1 i. f. Cod. de adluv. 7, 41 S. 390. Zurückweichen des Waſſers an einer Uferſeite verbunden mit Vorrücken desſelben auf der andern. L. 38 D. de a. r. d. 41, 1 S. 390—395. Theilung gleichzeitiger Alluvion vor dem Berührungspuncte zweier Grundſtücke. Beurtheilung der Anſicht Hermannseders S. 395—397 und derjenigen Spiegelbergs S. 397 f. Die Theilung erfolgt nach der geometriſchen Nähe des Anwachſes S. 398 f. Beurtheilung der Anſichten Neuerer über den Erwerb des alveus relictus S. 399—401. Eigene Vermuthung S. 401 f. Es iſt wahrſcheinlich, daß die Römer die Vertheilung dieſes Erwerbs unter mehreren Theilnehmern von einer gleichmäßig wirkenden Regel abhängig gemacht haben, dies aber kann nur die geometriſche Nähe ſein S. 402 f. Die Quellenausſprüche S. 403—407. Theilung der insula nata unter den Anliegern beider Uferſeiten; Begriff der media pars fluminis. Anſicht des Bartolus und deren Widerlegung S. 407—409. Anſicht Burchardis S. 409—412. Die richtige Anſicht S. 412—414. Beſtimmung der Entfernung beider Uferſeiten von der Inſel durch eine Mittellinie in der Längenrichtung des Fluſſes S. 414 f. Unklarheiten hinſichtlich dieſer Linie S. 415—418. Die Quellenausſprüche S. 418 f. Die Theilung der insula nata unter den Anliegern der nämlichen Uferſeite; die Quellenausſprüche über die insula S. 419 f. und über den alveus relictus S. 420. Die übliche Darſtellung S. 420—422. L. 29 D. de a. r. d. 41, 1 S. 422—424. Zirndorfer S. 424—426. Spiegelberg S. 426—429. Die Theilung nach der geometriſchen Nähe (Henrici) nachgewieſen aus l. 65 §. 2, l. 30 §. 2, l. 31 §. 1 D. de a. r. d. 41, 1 S. 429—434.

Widerlegung Preußers S. 434. Pro modo latitudinis cuiusque praedii bezeichnet nicht die Theilung der Insel im Verhältnisse der Uferlängen S. 434—437. Jener Ausdruck weiset auf eine andre Art des bestimmenden Einflusses, welche die Länge der Uferlinien auf die Theilnahme der Anlieger an der Inselfläche hat S. 437. Zur herrschenden Ansicht paßt dies nicht S. 437 f., wohl aber zur Theilung gemäß der geometrischen Nähe S. 438—441. Diese Theilung allein giebt ein sachlich befriedigendes Ergebniß S. 441. Sie paßt auf alle Fälle der insula nata S. 441—445.

5. Wie das Flußbett im Ganzen dem Besitze und Eigenthume entzogen ist, so auch sein oberer Rand soweit, als derselbe während einer kürzern oder längern Zeit des Jahres Wasser zu umschließen pflegt, das Ufer, ripa, i. d. S. L. 3 pr. §. 1 h. t. L. 1 §. 5 h. t. S. 445—447. Die über jenem Rande liegende Abdachung der Länderei an den Seiten des Flusses, ebenfalls Ufer, ripa, genannt — L. 3 §. 2 h. t. — und der an den Seiten des Bettes liegende Streifen Landes überhaupt, gleichfalls Ufer genannt, unterliegt dem privatrechtlichen Eigenthume, zugleich aber auch dem Gemeingebrauche. L. 5 pr. D. de D. R. 1, 8. L. 30 §. 1 D. de a. r. d. 41, 1. L. 15 eod. L. 65 §. 1 eod. S. 447—451. Kraft dieses Gemeingebrauches sind jedoch die Anlieger nicht gehalten, die Zukömmlichkeit zum Flusse zu gewähren S. 451. Demnach kannten schon die Römer öffentliche Flüsse, die thatsächlich nur der Benutzung Einzelner unterlagen S. 451 f. Soweit nicht die Ufergrundstücke als öffentliche Wege oder Plätze dienen, unterliegt die zwischen ihnen errichtete Brücke dem Gemeingebrauche nicht S. 452 f. L. 4 h. t. S. 453 f. Ansicht der Glosse S. 454, Noodts S. 454 f., Wielings S. 455 f., Chr. Elvers S. 456—458. (L. 38 D. de S. P. R. 8, 3 N. 98 S. 456—458.) Die Eigenthumsverhältnisse an der Brücke S. 458—460.

6. Aufzählung der Interdicte zum Schutze der flumina publica S. 460. Sie alle proprietatis causam continent S. 460 f. Selbst in ihrer popularen Anwendung sicherten sie den Gemeingebrauch nicht genügend S. 461. Diese

Sicherung ist überhaupt nicht durch gerichtlichen Schutz zu erreichen S. 461 f. Dazu ist die Thätigkeit der Verwaltungsbehörden unentbehrlich; das römische Recht giebt ihr statt. L. 2 h. t. Veranschaulichung ihrer Nothwendigkeit an einem Beispiele S. 462—469. Rechtfertigung des römischen Begriffs der flumina publica vom Standpuncte des Gesetzgebers S. 470—473. Voraussetzungen für die gedeihliche Thätigkeit der Verwaltungsbehörden S. 473 f.

7. Aenderungen des römischen Wasserrechtes im gemeinen deutschen Rechte. Das Recht der agri limitati ist nicht zur Anwendung gelangt S. 474 f. Die Rechtsbücher des 13. Jahrhunderts S 475 f. Regalität von Wassernutzungen S. 476 f. Constitutio Adolfi a. 1294 S 477 f. Privatrechte der Anlieger an kleinen Flüssen. Flüsse in Einzelnutzung. Rechtliche Natur dieser Nutzung S. 479 f. S. g. gemeinschaftliche Gewässer S. 480—482. Befugniß des Grundeigenthümers an der Quelle eines solchen S. 482 f. Servitutische Natur der Nutzungsrechte an gemeinschaftlichen Flüssen S. 484 f. Begriff des öffentlichen Flusses nach deutschem Rechte: gemäß der Regalität, Schiffbarkeit S. 485, gemäß der volkswirthschaftlichen Bedeutung S. 485 f., gemäß dem Gegensatze der Flüsse, auf deren Benutzung die Anlieger ein Privatrecht haben S. 487 f., gemäß positiver Bestimmung S. 488. Für den Interdictenschutz des Gemeingebrauchs kommt auch heute nur der römische Begriff des flumen publicum in Betracht; soweit neben der Regalität sowie neben dem Privatrechte der Anlieger auf die Wassernutzung ein Gemeingebrauch besteht, ist sowohl jener Schutz möglich, als der Schutz der Verwaltungsbehörden S. 488 ff. Veranschaulichung der Nothwendigkeit dieses Schutzes für den Gemeingebrauch bei s. g. Privatgewässern an einem Beispiele S. 490—494. Erweiterung des Interdictenschutzes im heutigen Rechte ist nicht zu stützen auf l. un. §§. 7 und 9 D. ut in flum. navigare 43, 14 S. 494 f., auch nicht auf l. 1 §§. 12, 17 und 18 h. t. S. 495 f. Das interdictum utile der l. 1 §. 12 h. t. beschränkt sich auf Vornahmen an nicht schiffbaren Flüssen, welche mittelbar die Schifffahrt beeinträchtigen S. 496—499. Die Erweiterung ist nur statt-

haft zugunſten ſolcher Arten des Gemeingebrauchs, welche an volkswirthſchaftlicher Bedeutung der Schifffahrt gleichkommen, und gegen ſolche nachtheilige Einwirkungen, welche volkswirthſchaftlich ebenſo ſchädlich ſind, wie die Veränderung des Waſſerlaufes gegenüber dem letzten Sommer, ſoweit die einen oder die andern den Römern unbekannt waren S. 501—503. Die Grundſätze über den Erwerb des alveus relictus finden ebenſo wie diejenigen über den Erwerb durch alluvio (l. 1 Cod. de adluv. 7, 41) und an der insula nata auch dann ſtatt, wenn die entſcheidenden Veränderungen am Flußbette künſtlich herbeigeführt ſind S. 503 f.

I. Das prohibitoriſche Interdict zum Schutze der Schifffahrt gegen Anlagen im Fluſſe oder am Flußufer. S. 505—512.

8. L. 1 pr. h. t. S. 505. L. 1 §§. 4, 6—16 h. t. S. 505 f. L. 1 §. 10 i. f. h. t. S. 506. L. 1 §§. 11 h. t. S. 506—508. L. 59 D. de V. S. 50, 16 S. 508. L. 1 §. 13 h. t. S. 508. L. 1 §. 14 h. t. S. 509. Iter pedestre S. 509 f. L. 1 §. 15 h. t. S. 510 f. L. 1 §. 16 h. t. S. 511 f.

II. Das reſtitutoriſche Interdict zum Schutze der Schifffahrt gegen Anlagen im Fluſſe oder am Flußufer. S. 512—513.

9. L. 1 §. 19 h. t. S. 512. L. 1 §. 20 h. t. S. 512. L. 1 §. 21 h. t. S. 513. L. 1 § 22 h. t. S. 513.

Lib. XLIII. Tit. XIII.

Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit.

S. 514—531.

I. Das prohibitoriſche Interdict gegen Anlagen in einem öffentlichen Fluſſe oder an deſſen Ufer, welche den Waſſerlauf gegenüber dem Sommer des Vorjahres ändern.

1. L. un. pr. S. 514 f. L. un. §. 1 S. 515. L. un. §. 2 S. 515. L. un. §. 3 init. S. 515 f. L. un. §. 3 i. f.

S. 516. Befugniß des Grundeigenthümers an der Quelle eines flumen publicum S. 517 f. L. un. §. 4 S. 518 f. L. un. §. 5 S. 519. Exceptio „quod eius ripae muniendae causa non fiet“. L. un. §. 6 S. 519 f. Exceptio wegen anderer Schutzbauten. L. un. §. 7 S. 521. Ausgleichung der widerstreitenden Interessen durch cautio damni infecti des Unternehmers S. 521 f. L. un. §. 8 init. S. 522 f. L. un. §. 8 i. f. S. 523 f. L. un. §. 9 S. 524—526. L. un. §. 10 S. 526—528.

II. Das restitutorische Interdict gegen Anlagen in einem Flusse oder an dessen Ufer, welche den Wasserlauf gegenüber dem Sommer des Vorjahres ändern.

2. L. un. §. 11 S. 529. L. un. §. 12 S. 529 f. L. un. §. 13 S. 530. Verjährung des Rechtes auf Wiederherstellung des frühern Zustandes S. 530 f.

Lib. XLIII. Tit. XIV.

Ut in flumine publico navigare liceat.

S. 532—537.

1. L. un. §. 1 h. t. S. 532. L. un. pr. init. S. 532 f. Popularnatur des Interdicts S. 533.
2. L. un. pr. i. f. h. t. S. 533. L. un. §. 6 S. 534. Der Gemeingebrauch an Seen, Teichen, Sümpfen beruht entweder darauf, daß an ihnen Eigenthum nicht möglich ist S. 534, oder auf Verfügung der zuständigen Behörde, unvordenklicher Uebung oder Ersitzung S. 534 f. L. un. §. 2 S. 535. Das in l. un. pr. i. f. verheißene Interdict schützt vermuthlich auch gegen Anlagen, welche die Schifffahrt zuwider dem Gemeingebrauche beeinträchtigen S. 535 f.
3. L. un. §. 7 S. 536.
4. Die Zutrift von Vieh an einen Fluß gewährt nicht die Befugniß, das Ufer abzuböschen. L. un. §. 8 S. 537. L. un. §. 9 S. 537.

Lib. XLIII. Tit. XV.

De ripa munienda.

S. 538—544.

L. un. §. 1 S. 539. L. un. pr. §. 539. L. un. §. 2 S. 539 ff. L. un. §. 3 S. 541 f. L. un. §. 4 S. 542. L. un. §. 5 S. 543. L. un. §. 6 S. 543 f.

Quellenverzeichniß S. 545—555.

Berichtigungen und Zusätze S. 556—557.

Lib. XLIII. Tit. VI.

Ne quid in loco sacro fiat. [1])

Basil. LVIII, 15.

1. Die Titel 6—15 einſchließlich des 43. Buches der Pandekten ſind in Hellfelds Jurisprudentia forensis übergangen; ſie können daher hier nicht mit Paragraphennummern jenes Werkes aufgeführt werden. Zugleich läßt der Entwurf eines bürgerlichen Geſetzbuches für das Deutſche Reich ſämmtliche in dieſen Titeln behandelte Lehren unberührt; es iſt ſomit ſeine Berückſichtigung bei deren Beſprechung ausgeſchloſſen.

Der ſechſte Titel behandelt den Interdictenſchutz für res divini iuris. Indeſſen giebt er den hierauf bezüglichen Theil des Edictes, ſowohl was Gegenſtände als was Rechtsbehelfe anbetrifft, nur unvollſtändig wieder; alles, was er davon mittheilt, enthält l. 1 pr.:

Ulpian. lib. 68. ad ed.: Ait praetor: „In loco sacro facere inve eum immittere quid veto".

So entſteht der Anſchein, als ob Schutz ausſchließlich

1) Unterholzner quellenmäßige Zuſammenſtellung der Lehre des römiſchen Rechts von den Schuldverhältniſſen Bd. 2 §. 401 S. 188 f. Heimbach im Rechtslexikon Bd. 5 S. 596 f. Lenel edictum perpetuum §. 235. — Vgl. dieſen Commentar Thl. 2 Aufl. 2 Erlangen 1800 §§. 164—168.

für loca sacra verheißen gewesen wäre, d. h. für Grundstücke, welche unter staatlicher Genehmigung zum öffentlichen Cultus einer Gottheit geweiht und damit dem menschlichen Rechte entzogen worden waren; [2]) und als ob dieser Schutz lediglich in einem prohibitorischen Interdicte bestanden hätte.

Nun aber zeigen andere Pandektenstellen zunächst, daß neben dem prohibitorischen Interdicte auch ein restitutorisches stand.

L. 2 §. 1 D. de interd. 43, 1:
(*Paul.* lib. 63. ad ed.) Interdicta autem competunt vel hominum causa vel divini iuris aut de religione, sicut est „ne quid in loco sacro fiat“ vel „quod factum est, restituatur“ etc.

L. 2 §. 19 D. ne quid in loco publ. 43, 8:
(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Locorum sacrorum diversa causa est: in loco enim sacro non solum facere vetamur, sed et factum restituere iubemur: hoc propter religionem.

L. 1 §. 1 D. de O. N. N. 39, 1:
(*Ulp.* lib. 52. ad ed.) — si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, cessat edictum de operis novi nuntiatione et erit transeundum ad interdictum „quod vi aut clam factum erit, ut restituatur“ et „quod in loco sacro religiosove“ et „quod in flumine ripave publica factum erit“: nam his interdictis restituetur, si quid illicite factum est.

Die letzte Stelle beweiset zugleich, daß das restitutorische Interdict sich auch auf den locus religiosus bezog, d. h. auf einen Platz, der dadurch dem menschlichen Rechte

2) Gai. II, 4 sq. §. 8 J. de R. D. 2, 1. l. 6 §. 3. l. 9 pr. §§. 1 sq. D. de D. R. 1, 8. Festus s. v. *sacer mons* (M. p. 318). Meurer der Begriff und Eigenthümer der heiligen Sachen Bd. 1 §. 33 S. 198 ff.

entzogen war, daß in ihm ein menſchlicher Leichnam, wenigſtens das Haupt, befugterweiſe beerdigt worden.[3]) Die Anwendung des prohibitoriſchen Interdictes auf loca religiosa aber ergiebt ſich aus l. 1 cit. §. 17 D. de O. N. N. 39, 1:

> Nuntiamus autem,[4]) quia ius aliquod prohibendi habemus: vel ut damni infecti caveatur nobis ab eo, qui forte in publico vel in privato quid molitur: aut si quid contra leges edictave principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt, fiet, vel in sacro vel in loco religioso vel in[5]) publico ripave fluminis, quibus ex causis et interdicta proponuntur.

Die Beziehung beider Interdicte endlich auf den locus religiosus bekunden

l. 1 pr. D. de interd. 43, 1:

> (*Ulp.* lib. 67. ad ed.) — sciendum est, interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere . divinis, ut de locis sacris vel de locis religiosis etc.

und

l. 2 §. 2 eod.:

> (*Paul.* lib. 63. ad ed.) — illa interdicta, quae de locis sacris et religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam continent etc.

Da das interdictum de mortuo inferendo, wie wir früher[6]) gezeigt haben, ein proviſoriſches iſt, ſo kann es unter den interdicta de locis sacris nicht mitbegriffen ſein, welche definitive Wirkung haben. Aber auch das definitive

3) Gai. II, 6. §. 9 J. de R. D. 2, 1. l. 6 §. 4 D. de D. R. 1, 8. l. 44 D. de relig. 11, 7. Meurer a. a. O. §. 23 S. 163 ff.
4) aut *scr.* M.
5) flumine *ins.* M., m. E. irrig.
6) Thl. 1 dieſer Serie des Commentars S. 105 ff.

interdictum de sepulchro aedificando [7]) kann deshalb nicht füglich hierher gerechnet werden, weil es zu seinen Voraussetzungen gar nicht gehört, daß der Platz, um welchen es sich handelt, bereits religiosus ist, sondern nur, daß der Kläger das Recht hat, dort zu beerdigen. So läßt sich der Plural „interdicta de locis religiosis" kaum anders deuten, als auf ein restitutorisches und ein prohibitorisches Interdict.

Dagegen ist es nicht unmittelbar bezeugt, daß unsere Interdicte auch für die loca sancta dienten, d. h. für Grundstücke des menschlichen Rechtes, welche, wie z. B. Stadtmauern und Stadtthore, unter den Schutz einer Gottheit gestellt worden waren, so daß ihre Verletzung besonders schwer geahndet wurde. [8]) Sicherlich jedoch waren Stadtmauern und Stadtthore des Interdictenschutzes mindestens ebenso bedürftig, wie öffentliche Wege und Plätze. Gleichwohl scheint nicht einmal das interdictum Ne quid in loco publico fiat auf sie angewandt worden zu sein; wenigstens fehlt ihre Erwähnung in der Aufzählung der loca publica, auf welche jenes Interdict sich bezieht. [9]) Diese Sonderung

7) S. das. S. 107 f.

8) Gai. II, 8. §. 10 J. de R. D. 2, 1. l. 1 pr. l. 8. l. 9 §§. 3 sq. l. 13 D. de D. R. 1, 8. Glück in diesem Commentar Thl. 2 §. 165 S. 475. Meurer a. a. O. §. 22 S. 159 ff.

9) L. 2 §. 3 D. ne quid in loco publ. fiat 43, 8. Die Inhaltsangabe der lex Julia de vi privata bei Paul. R. S. V, 26, 3: templa portas aliudve publicum nennt allerdings die portae als quid publicum; allein ihre Zusammenstellung mit templa zeigt, daß jenes Gesetz unter publicum schlechthin den Gegensatz zum Eigenthume eines Privaten verstand. Wappäus, zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen u. s. w. S. 91 unter 2, will freilich wegen des aliudve das publicum gar nicht auf templa mitbeziehen. Vgl. unten zu Tit. VII Ziffer 1 N. 2b.

der loca sancta von den übrigen loca publica hat ohne Zweifel ihren Grund in dem Umstande, daß sie gewissermaßen als eine dritte Art der res divini iuris neben die res sacrae und religiosae gestellt werden; [10]) und da uns auch nichts von besonderen Interdicten für sie berichtet ist, so liegt die Vermuthung nahe, daß unsere Interdicte für sie mitbestimmt gewesen sind. Jene Vermuthung aber steigert sich fast zur Gewißheit, wenn wir beachten, daß Ulpian in l. 9 D. de D. R. 1, 8 aus dem nämlichen Buche seines Edictscommentares, worin er die interdicta de loco sacro bespricht, eine Erörterung über die res sanctae mitten in diejenige über die res sacrae gestellt hat. [11]) Demnach dürfen wir mit Lenel auf unser prohibitorisches Interdict beziehen l. 8 §. 1 i. f. D. de D. R. 1, 8:

(*Marcian.* lib. 4. regul.) In municipiis quoque muros esse sanctos Sabinum recte respondisse Cassius refert, prohiberique oportere, ne quid in his immitteretur.

Von unseren Interdicten oder vielmehr von den nach Untergang des ordo iudiciorum an deren Stelle getretenen actiones extraordinariae betreffs der loca sancta handelt auch wohl l. 2 h. t.

Hermogenianus lib. 3. [12]) iuris epitom.:

In muris itemque portis et aliis sanctis locis aliquid facere, ex quo damnum aut incommodum irrogetur, non permittitur.

Die Ausdrucksweise der l. 2 §. 1 D. de interd.

10) L. 1 pr. l. 6 §. 2. l. 9 §. 3 D. de D. R. 1, 8 (Gai., Marcian., Ulp.).

11) Vgl. Lenel ed. perp. S. 366 unter 2.

12) Lib. 6. *leg.* Lenel palingen. vol. I col. 275 nr. 89 n. 1. So erfordert es die sonst in den epitomae iuris befolgte Anordnung, welche sich derjenigen des Edictes anschließt.

43, 1 und der l. 1 §. 1 D. de O. N. N. 39, 1 cit. macht es wahrscheinlich, daß unsre Interdicte, ähnlich wie sich dies auch sonst findet, [13]) im Album durch die Rubrik eingeleitet wurden: ne quid in loco sacro religioso sancto fiat . quod factum erit, ut restituatur. [14])

Uebrigens macht Ulpian ausdrücklich darauf aufmerksam, daß ungeachtet seiner unterschiedslos jedes Vornehmen in loco sacro untersagenden Fassung das prohibitorische Interdict in Wahrheit nur ein solches Thun verbiete, welches Verunzierung, Gebrauchserschwerung oder sonstige Benachtheiligung bewirke, nicht aber ein solches, welches zur Verschönerung gereiche.

L. 1 cit. §. 3:

> Quod ait praetor, ne quid in loco sacro fiat, non ad hoc pertinet, quod ornamenti causa fit, sed quod deformitatis vel incommodi.

Als Benachtheiligung, incommodum, werden wir hier auch jede Verletzung der schuldigen Pietät betrachten müssen.

Die gleiche Einschränkung ergiebt sich für loca sancta aus l. 2 cit. h. t. Wir haben sie ohne Zweifel auch für das restitutorische Interdict anzunehmen.

Beide Interdicte sind definitive Rechtsbehelfe. [15]) Ihrem Zwecke gemäß sind sie populare.

13) Vgl. Rubr. 43, 8: Ne quid in loco publico fiat; 43, 12: Ne quid in flumine publico fiat, quo peius navigetur; l. 1 §. 1 D. de O. N. N. 39, 1 cit.: Quod vi aut clam factum erit, ut restituatur, — während die Fassung aller der hiermit bezeichneten Interdicte eine persönliche ist: ne quid in loco publico facias etc., ne quid in flumine publico facias; quod vi aut clam factum erit — id — restituas.

14) Lenel ed. perp. §. 335 S. 366 unter 3.

15) L. 2 §. 2 D. de interd. 43, 1 (s. oben S. 3). Vgl. Thl. 1 dieser Serie des Commentars S. 95 ff.

Man möchte geneigt sein, aus l. 9 §. 5 D. de D. R. 1, 8:

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Res sacra non recipit aestimationem —

zu folgern, daß die condemnatio der iudicia secutoria bei beiden Interdicten und der actio arbitraria aus dem restitutorischen eine eigenthümliche Fassung gehabt habe, etwa in bonum et aequum concipirt gewesen sei. Indessen ist jener Ausspruch viel zu unbestimmt, als daß er gegenüber der in unbeschränkter Allgemeinheit gehaltenen Aeußerung des Gaius IV, 163 über die Verurtheilung aus der actio arbitraria bei gebietenden Interdicten:

quod si nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur —

eine derartige Eigenthümlichkeit beweisen könnte, — um so weniger, da, abgesehen vom interdictum de homine libero exhibendo, die Verurtheilung bei allen anderen Populariterdicten auf das Interesse ging, dieses aber, welches ja nicht das persönliche Interesse des Klägers war, nach seinem Gegenstande als solchem bemessen und thatsächlich in den allermeisten Fällen durch das iusiurandum in litem des Impetranten festgestellt wurde. [16])

Nicht angewandt werden unsere Interdicte zum Schutze eines im menschlichen Eigenthume stehenden Grundstückes, welches zur Aufbewahrung von res sacrae, m. a. W. als sacrarium, dient.

L. 1 cit. §. 2:

Hoc interdictum de sacro loco, non de sacrario competit.

L. 9 cit. §. 2 D. de D. R. 1, 8:

(*Ulp.* eod. lib.) Illud notandum est, aliud esse sacrum

16) Vgl. diesen Commentar Serie der Bücher 43 und 44 Thl. 1 S. 45 ff. Thl. 2 S. 147.

locum, aliud sacrarium . sacer locus est locus consecratus, sacrarium est locus, in quo sacra reponuntur, quod etiam in aedificio privato esse potest . et solent, qui liberare eum locum religione volunt, sacra inde evocare.

Neben dem gerichtlichen Schutze gegen Verletzung, welchen unsre Interdicte gewährten, war für die loca sacra eine Fürsorge von Amtswegen um so unerläßlicher, als jener Schutz obendrein nur ein mehr oder minder zufälliger war. Dieser amtlichen Fürsorge fiel namentlich auch die bauliche Unterhaltung zu.

L. 1 cit. §. 3 D. h. t.:

Sed et cura [aedium *del.* M.] locorum [que *del.*] sacrorum mandata est his, qui aedes sacras curant.

Die Stadtmauern und Stadtthore zu bewohnen, war mit Rücksicht auf Feuersgefahr nur mit kaiserlicher Erlaubniß gestattet.

L. 3 D. h. t.:

(*Paul.* lib. 5. sent.) Neque muri neque portae habitari sine permissu principis propter fortuita incendia possunt.

Und an den Mauern der Municipalstädte durfte auch Ausbesserung, An- und Einbau, Ueberbau und Belastung nur mit Genehmigung des Kaisers oder des Provincialstatthalters geschehen.

L. 9 cit. §. 4 D. de D. R. 1, 8:

Muros autem municipales nec reficere licet sine principis vel praesidis auctoritate nec aliquid eis coniungere vel superponere.

2. Die erwähnte Thatsache, daß die Pandekten sich in der Wiedergabe des Edictes auf den Schutz des locus sacer mittels des prohibitorischen Interdictes beschränken, legt die Annahme nahe, Justinian habe den Interdictenschutz für loca religiosa und sancta gänzlich und für loca sacra

wenigſtens als reſtitutoriſchen beſeitigen wollen. Indeſſen iſt nicht nur ein geſetzgeberiſcher Grund hierfür völlig unerfindlich,[17]) ſondern es zeigen umgekehrt die oben aufgeführten l. 2 §§. 1 und 2 D. de interd. 43, 1, l. 2 §. 19 D. ne quid in loco publ. 43, 8 und l. 1 §. 1 D. de O. N. N. 39, 1, ſofern man nicht annehmen will, ſie ſeien verſehentlich aufgenommen worden, daß jene Beſchränkung ſchwerlich eine planmäßige geweſen iſt.

Wie aber ſteht es mit der Anwendbarkeit unſrer Interdicte im heutigen Rechte? Läßt ſich ein berechtigtes Privatintereſſe denken, welches durch ſie in gleicher Weiſe geſchützt werden kann und muß, wie dies bei anderen Popularinterdicten der Fall iſt?[18])

Loca sancta im Sinne des claſſiſchen Rechtes giebt es nicht mehr. Hatte eine frühere Culturſtufe das beſondere Schutzbedürfniß gewiſſer Sachen nur durch Vermittelung der Religion zu ſichern gewußt, ſo genügte hierzu nach der Erſtarkung des römiſchen Gemeinweſens die Sanction des abſtracten Geſetzes. Indeſſen lag in dieſer Entwickelung kein Anlaß, die alte Anſchauung aufzugeben, wonach jene beſonders ſchutzbedürftigen Sachen unter den Frieden der Gottheit geſtellt waren. Ja, ſelbſt nachdem dieſe Anſchauung dem Chriſtenthume hatte weichen müſſen, blieben die alten auf ſie gegründeten Sätze in Kraft: noch Juſtinians Inſtitutionen und Pandekten geben ſie einfach wieder.[19]) In Deutſchland dagegen war zwiſchen die Schutzvermittelung durch die Religion und diejenige durch das abſtracte Geſetz der Schutz des Königsfriedens getreten, und damit

17) Vgl. dieſen Commentar Serie der Bücher 43 und 44 Thl. 2 S. 477 f.

18) S. Thl. 2 dieſer Serie des Commentars S. 531 ff.

19) Beſonders deutlich tritt dies hervor in l. 11 D. de D. R. 1, 8 und §. 10 J. eod. 2, 1.

die Herübernahme der aus der alten Anschauung entsprungenen Rechtssätze auf den Schutz durch das abstracte Gesetz abgeschnitten.[20]) Dieser Schutz durch das abstracte Gesetz äußert sich darin, daß mit Rücksicht einerseits auf die Wichtigkeit der schutzbedürftigen Sache für das Gemeinwohl, anderseits auf die Gemeingefährlichkeit ihrer Verletzung die letztere schwereren Strafen unterliegt, als es sonst der Fall sein würde.[21]) So haben die römischen Sätze über die res sanctae den Boden verloren.

Völlig verschwunden ist der römische Begriff des locus religiosus. Allerdings hat Justinian die ihm zu Grunde liegende heidnische Anschauung aufgenommen, wonach kraft der Beerdigung die letzte Ruhestätte des Menschen eine religiöse Weihe erhält. Allein heute wird diese niemals mehr durch die Thatsache der Beerdigung begründet, sondern nach katholischem Kirchenrechte durch die den Friedhöfen ertheilte Benediction,[22]) nach evangelischem durch die gemäß

20) Vgl. Bekker System des heutigen Pandektenrechts Bd. 1 §. 76 N. 1.

21) Es scheint mir nicht richtig, mit Meurer a. a. O. S. 162 von einem civilrechtlichen Schutze der modernen res sanctae zu reden. Was nämlich vorzugsweis als solcher angeführt wird, „der concursrechtliche und Pfändungsschutz mancher Sachen (CPO. 715)", das bezieht sich (von Orden und Ehrenzeichen CPO. §. 715 unter 9 abgesehen) gar nicht auf Sachen bestimmter Art, sondern auf die verschiedenartigsten Sachen, sofern sie zum Schuldner in einer gewissen Beziehung stehen, beruht also nicht auf einer Eigenschaft des Gegenstandes. Etwas Entsprechendes gilt von Meurers zweitem Beispiele, den Stammgütern. Die Nichthaftung aber der Stadtthore und Stadtmauern für die Schulden der Stadtgemeinde beruht auf deren Eigenschaft als res in publico usu. S. unten Tit. VII Ziffer 6 nach N. 85a.

22) Meurer a. a. O. §. 37 S. 208 ff. Bd. 2 §. 6 S. 18 ff. §. 7 S. 21 ff.

der Verfügung des Kirchenregimentes erfolgte Benutzung zu christlicher Beerdigung:[23]) durch das Eine aber wie durch das Andre wird ein Begräbnißplatz zur res sacra des heutigen Rechtes. Wo dagegen keines von beiden vorliegt, da ist ein im Eigenthume einer bürgerlichen Gemeinde stehender Friedhof eine res publica in publico usu wie andere auch.[24])

Gänzlich umgestaltet ist der Begriff der res sacrae. Nach classischem Rechte gelten sie als Eigenthum der Gottheit, zu deren Cultus sie geweiht worden,[25]) und sind als solches dem menschlichen Rechtsverkehre völlig entzogen.[26]) Es mag hier dahin gestellt bleiben, ob bei Justinian, wie meist angenommen wird, dieses Rechtsverhältniß der res sacrae nur darin eine Aenderung erlitten hat, daß an Stelle der heidnischen Einzelgottheit der Christengott als ihr Eigenthümer gilt; oder ob vielmehr die res sacrae bereits in der Compilation dem menschlichen Privatrechte unterliegen und von anderen res in commercio lediglich durch bestimmte Einschränkungen der Veräußerung sich unterscheiden.[27]) Denn

23) Wappäus zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht S. 59. S. 71 ff.

24) Wappäus a. a. O. S. 58 und S. 71.

25) Meurer a. a. O. §. 50 S. 257 ff. Macrob. Saturn. III, 3, 2: Sacrum est, ut Trebatius libro primo de religionibus refert, quidquid est, quod deorum habetur. Lenel palingen. vol. II col. 343 nr. 2.

26) Gai. II, 9. §. 7 J. de R. D. 2, 1. l. 1 pr. l. 6 §. 2 D. de D. R. 1, 8. l. 23 §. 1 D. de R. V. 6, 1. l. 1 pr. Cod. de sacrosanct. eccl. 1, 2: (Justinian.) — etiam veteres leges ea, quae iuris divini sunt, humanis nexibus non illigari sanxerunt. Meurer a. a. O. §. 51 S. 263. §. 52 S. 265 ff.

27) Vgl. Meurer a. a. O. §. 57 S. 282 ff. §. 58 S. 285 ff. §. 59 S. 290 ff.

jedenfalls ist die letztere Behandlung der res sacrae geltendes Recht; und bestritten ist nur, wer als Eigenthümer jener Sachen zu betrachten sei.

Indessen steht diese Streitfrage hier nicht zur Erörterung. Für uns kommt allein das in Betracht, ob etwa das an den res sacrae heute stattfindende Eigenthum der menschlichen Rechtsordnung, gleichviel wer nach ihr als Eigenthümer jener Sachen zu betrachten ist, unsere Interdicte überflüssig oder gar unstatthaft gemacht habe.

Windscheid [28]) meint, da das römische Recht der Popularinterdicte soweit unanwendbar sei, als dasselbe diese Rechtsbehelfe auch demjenigen gewährte, der durch die sie veranlassende Verletzung nicht benachtheiligt wird, so sei das interdictum Ne quid in loco sacro fiat beseitigt. Er verweiset dabei auf Bd. 1 §. 147 zu N. 4, wo es heißt: „nach heutigem Rechte stehen die geweihten Sachen im Eigenthum der betreffenden Kirchengemeinde, möglicherweise auch im Privateigenthum, die Begräbnißplätze im Eigenthum der betreffenden Kirchen- oder politischen Gemeinde, oder auch im Privateigenthum." Es mag nun unbedenklich eingeräumt werden, daß für den Eigenthümer der loca sacra unsre Interdicte überflüssig sind; ihn schützen genugsam einerseits das Uti possidetis, anderseits das Quod vi aut clam. Indessen folgt aus der Ueberflüssigkeit noch nicht die Unanwendbarkeit: schon nach classischem Rechte hatte der durch ein opus in sepulchro factum Geschädigte das Quod vi aut clam, [29]) und doch stand daneben nicht nur unser prohibitorisches Interdict, sondern auch unser restitutorisches. Vor allem aber übersieht Windscheid, daß außer dem

28) Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 2 §. 467 N. 2.

29) L. 13 §. 5 D. quod vi 43, 24: (Ulp. lib. 71. ad ed.) — et sepulchri nemo dominus fuit, et tamen si quid in eo fiat, experiri possum Quod vi aut clam.

Eigenthümer auch Dritte ein schutzwürdiges Interesse an der Unversehrtheit von loca sacra, insbesondere von Friedhöfen, haben können.

Wie man dem Inhaber einer Grabstätte gegen unbefugte Veränderungen daran auch heute das Quod vi aut clam gewährt, [30]) so würde ihm ungeachtet der Umgestaltung des Begriffs der res sacrae zur Verhinderung eines derartigen Vornehmens das interdictum Ne quid in loco sacro fiat sicherlich nicht unnütz sein. Vielmehr erscheint dasselbe in denjenigen Fällen geradezu als Bedürfniß, wo entweder das beabsichtigte Thun dem Eigenthümer des locus sacer gleichgültig, vielleicht sogar erwünscht ist, wie z. B. das Wegnehmen eines geschmacklosen Denkmals, an welches sich für die Angehörigen des damit Geehrten theuere Erinnerungen knüpfen; — oder wo der in seinem Interesse bedrohte Dritte nicht in der Lage ist, den Eigenthümer zur Abtretung seiner Klage zu zwingen. [31])

Nun beweiset freilich die Darstellung der Lehr- und Handbücher seit der Glosse bis in unser Jahrhundert hinein die fortdauernde Geltung der interdicta de loco sacro ebensowenig, wie diejenige der Popularinterdicte als solcher überhaupt. [32]) Auch wüßte ich keine gerichtliche Entscheidung der Neuzeit anzuführen, welche selbst nur dem

30) Vgl. Wappäus a. a. O. §. 17 S. 72 f.

31) Es scheint mir nicht richtig, wenn Wappäus a. a. O. S. 72 dem Inhaber einer Grabstätte schlechthin die actio conducti gegen den Eigenthümer des Kirchhofes giebt: in der einfachen Gewährung einer Grabstelle für einen Verstorbenen liegt noch gar kein obligatorisches Rechtsgeschäft. Meurer a. a. O. Bd. 2 §. 10 S. 37.

32) S. diese Serie des Commentars Thl. 2 Ziffer 132 S. 529 f.

persönlich Interessirten jene Interdicte gewährt.[33]) Indessen dürfte diese beschränkte Anwendung des interdictum Ne quid in loco sacro fiat wenigstens auf Friedhöfe nicht allein unbedenklich, sondern fast unabweislich sein. Bilden in der That die im Eigenthume bürgerlicher Gemeinden stehenden Friedhöfe, welche nicht loca sacra im heutigen Sinne sind, nur eine Art der loca civitatium in publico usu,[34]) so muß demnach auf diese Classe der Friedhöfe das interdictum Ne quid in loco publico fiat Anwendung finden, kraft dessen jeder, der durch eine beabsichtigte Vorrichtung auf einem locus publicus in seinem schutzwürdigen Interesse gefährdet wird, dieselbe untersagen kann. Gewiß aber wäre es widersinnig, in dieser Beziehung diejenigen Friedhöfe, welche loca sacra im heutigen Sinne sind, geringerm Schutze anheimzustellen, als jene rein bürgerlichen. Will man demnach auf die erstern nicht geradezu das interdictum Ne quid in loco publico fiat erstrecken, so wird kaum etwas Andres übrig bleiben, als für sie, ungeachtet des veränderten Begriffes der res sacrae, das prohibitorische interdictum de loco sacro zugunsten des Betheiligten fortbestehen zu lassen.

Sollte das Gleiche bei Kirchengebäuden Bedenken haben? Oder ist es nicht bekannt, wie rücksichtslos auch in unseren Tagen bei s. g. Restaurationen von Kirchen die Baumeister, und zwar manchmal eigenmächtig, manchmal aber auch mit Zustimmung selbst der Kirchenbehörde, Denkmäler entfernt haben, weil dieselben zu dem Baustyle der Kirche nicht paßten oder ihnen aus irgend einem andern Grunde miß-

33) Vgl. übrigens Seufferts Archiv Bd. XXXI Nr. 180 (OAG. Darmstadt 1875), wo ein civilrechtlicher Schutz von Grabdenkmälern aus l. 1 §. 5 und §. 7 D. de mort. inf. 11, 8 hergeleitet wird.

34) S. oben zu N. 24.

fielen? Es leuchtet aber ein, daß nur ein prohibitoriſches Rechtsmittel ausreichenden Schutz zu gewähren vermag: das Quod vi aut clam, ſelbſt wenn im Einzelfalle deſſen Vorausſetzungen vorliegen, wird meiſt auf eine kahle Geldentſchädigung hinauslaufen, keineswegs jedoch das Vernichtete wiederherſtellen.

Lib. XLIII. Tit. VII.

De locis et itineribus publicis.

Basil. LVIII, 8. [1])

1. Die Titel XLIII, 7—11 einschließlich betreffen die dem öffentlichen Gebrauche unterliegenden Grundstücke

1) Rechtsgutachten, die Festungswerke der Stadt Basel nach dem gegenwärtigen Rechtsverhältnisse betreffend, Berlin, den 3. August 1859. (Sign.) Dr. F. L. v. Keller. Langenthaler Buchdruckerei von Fr. Herzig 1861. — Nachtrag zu dem Gutachten betreffend die Basler Festungswerke u. s. w. Zürich, Druck von Orell, Füßli und Comp. 1860 (enthält die Erwiderung des Dr. J. Rüttimann, Zürich, den 21. Febr. 1860, auf die Bemerkungen Kellers S. 1—38 und als Anhänge: I. Rüttimanns Gutachten betreffend die Rechte, welche dem Canton Basel-Landschaft an den die Stadt Basel umgebenden Festungswerken zustehen. Zürich, 22. Aug. 1859. S. 39—58. II. Einige Bemerkungen über das Gutachten betreffend die Rechte u. s. w. Sign. Dr. J. Rüttimann, Professor. Liestal, 1859. 8. Berlin, den 10. Januar 1860. Dr. F. L. v. Keller. S. 59—86. III. Urtheil des Schiedsgerichtes vom 19. Nov. 1833. S. 87—91.) — Der Streit über das Eigenthum an den Festungswerken der Stadt Basel. Zürich, Druck von Orell, Füßli und Comp. 1861 (ohne Angabe des Vfrs. Beilage zur Neuen Zürcher-Zeitung Nr. 321). — Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die Festungswerke der Stadt Basel.

und die Domänen, welche unter der nämlichen Bezeichnung „loca publica“ zusammengefaßt werden. Der achte Titel erörtert die privatrechtlichen Schutzmittel gegen Gefährdung des Einzelnen im Genusse der Vortheile, welche ihm aus einem dem Gemeingebrauche unterliegenden Grundstücke zukommen, sowie gegen Beeinträchtigung des Gemeingebrauches an Wegen; der neunte bezieht sich auf den eigenthümlichen Interdictenschutz des Pächters und des Miethers von Domanialgrundstücken; der zehnte enthält Vorschriften über die städtische Straßenpolizei, und der elfte endlich erläutert den privatrechtlichen Schutz gegen Behinderung an der Ausbesserung öffentlicher Wege.

Ein Rechtsgutachten von Rudolph Ihering. Leipzig, Breitkopf und Härtel. (1862). — Rechtsgutachten über den zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt obwaltenden Streit bezüglich der Festungswerke bei der Stadt Basel mit Rücksicht auf die Lehre von den öffentlichen Sachen erstattet von Dr. H. Dernburg. Halle, C. F. M. Pfeffer, 1862. — Erwiderung auf das von H. Dernburg, Professor in Halle, in dem zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt obwaltenden Rechtsstreit über die Festungswerke der Stadt Basel abgestattete Rechtsgutachten von Rudolf Ihering Basel, Bahnmaier's Buchdruckerei (C. Schultze). 1862. — H. Wappäus zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht. Göttingen 1867. — Alfred Kappeler der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs entwickelt aus den Quellen des römischen Rechts. Zürich 1867. — Fridolin Eisele über das Rechtsverhältniß der res publicae in publico usu nach römischem Recht. Programm zur Rectoratsfeier der Universität Basel. Basel 1873. — Alfr. Pernice M. Antistius Labeo Bd. 1 1873 S. 263—277. — C. G. v. Wächter Pandekten I. §. 60 S. 270—282. Bekker System des heutigen Pandektenrechts Bd. I §§. 76—78 S. 323—352.

Der siebente Titel soll offenbar die Einleitung zu diesen verschiedenartigen Gegenständen bilden. Demgemäß dürfte man erwarten, in ihm vor allem eine Begriffsbestimmung der loca publica zu finden; und gewiß würde es nicht aus seiner Aufgabe fallen, wenn sich hiermit eine Uebersicht über den Schutz der loca publica verbände, wie ein solcher einerseits im Verwaltungswege, anderseits im gerichtlichen Verfahren gehandhabt wird. Indessen haben Justinians Compilatoren sich damit begnügt, in diesem Titel drei aus dem Zusammenhange gerissene und an sich sehr geringfügige Bruchstücke neben einander zu stellen. Um so mehr liegt es uns ob, das von jenen Unterlassene nachzuholen.

Die loca und itinera publica bilden nur einzelne Arten der res publicae überhaupt. Wir werden also zunächst das Wesen der res publicae festzustellen haben.

Der Ausdruck „res publica" kommt in unseren Quellen in verschieden abgestufter Bedeutung vor.

Wir beginnen mit l. 1 pr. D. de D. R. 1, 8:

(*Gai.* lib. 2. inst.) Summa rerum divisio in duos articulos deducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani . divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae . sanctae quoque res, veluti muri et portae, quodammodo divini iuris sunt . quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est: id vero, quod humani iuris est, plerumque alicuius in bonis est, potest autem et nullius in bonis esse: nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt . hae autem res, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae [2]) . quae publicae sunt,

2) Aehnlich wie hier im Gegensatze zu den res divini iuris die res humani iuris in publicae und privatae gegliedert sind, stellt l. 23 pr. Cod. de sacros. eccl. 1, 2

nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur: privatae autem sunt, quae singulorum sunt.

Hiernach ſind alle res humani iuris, quae singulorum non sunt, als publicae anzuſprechen. Dahin gehören neben anderen ſowohl diejenigen ſolcher Sachen, welche zwar dem Gemeingebrauche unterliegen, ſich aber ihrer Natur nach dem Eigenthume entziehen, als auch diejenigen zur Unterwerfung unter dieſe vollkommenſte menſchliche Herrſchaft geeigneten Sachen, welche, weil zur Zeit herrenlos, von jedermann zu Eigenthum occupirt werden können.

Mit beſonderer Beziehung auf die Sachen der beiden letzten Arten gebraucht den Ausdruck „publica“ l. 14 pr. D. de a. r. d. 41, 1: [2a])

(*Nerat.* lib. 5. membran.) Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, dominii fiunt.

In noch weiterm Sinne, nämlich als Verneinung des Eigenthums eines Privaten ſchlechthin iſt das „publicum“ zu verſtehen in der Inhaltsangabe der lex Julia de vi privata bei *Paul.* R. S. V, 26, 3:

quive cum telo in publico fuerit, templa, portas aliudve quid publicum armatis obsederit cinxerit clauserit occupaverit.

Daß der Begriff hier auch auf loca sacra und sancta

(Justinian.) dem divinum ius das publicum ius und die privata commoda gegenüber.

2a) Vgl. Wappäus a. a. O. S. 22.

erſtreckt wird, bleibt bei ſeinem lediglich verneinenden Inhalte durchaus verſtändlich. [2b])

Einige Schwierigkeit macht das Verhältniß der beſprochenen Begriffsbeſtimmung in l. 1 pr. cit. zu der Aufzählung der verſchiedenen Arten von res in l. 2 pr. eod.

Marcian. lib. 3. inst.: Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur.

Auf den erſten Blick möchte man die res communes omnium, die res universitatis und die res nullius für Unterarten der von Gaius als res publicae zuſammengefaßten Claſſe von Sachen halten, welche den Gegenſatz zu der Claſſe der res privatae, oder, wie Marcian ſie nennt, der res singulorum bildet. Nun jedoch beſpricht Marcian bei der folgenden Erläuterung jener drei Arten von Sachen, von welcher wir in l. 2 cit. §. 1, l. 4, l. 6 und l. 8 eod. wenigſtens Bruchſtücke beſitzen, in l. 6 §§. 2—5 und l. 8 als res nullius gerade nur die res sacrae, religiosae und sanctae, d. h. die res divini iuris. Während bei Gaius die res publicae ebenſo, wie die res privatae je eine Abtheilung der res humani iuris ausmachen,

2b) Vgl. oben Tit. VI Ziffer 1 S. 4 N. 9. — S. auch l. 1 pr. D. de D. R. 1, 8 cit.: quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est. — Nicht dagegen darf unter Gleichſetzung von publicum und populi Romani esse mit v. Ihering, Erwiderung S. 7 f. N. 7, hierher geſtellt werden Frontin. ed. Lachm. p. 56 v. 20 sq. Agenn. Urbic. p. 87 v. 20 sq.: lucos sacros — quorum solum indubitate populi Romani est. Es handelt ſich hier gar nicht um res sacrae im eigentlichen Sinne, ſondern um Haine, welche allerdings religiöſen Zwecken dienten, jedoch nicht geweiht waren. Wappäus a. a. O. S. 91. Pernice a. a. O. S. 255 zu N. 5.

ſtellt alſo Marcian die res singulorum in Gegenſatz zu allen übrigen Sachen ſowohl humani als divini iuris. Es iſt demnach wenig wahrſcheinlich, daß er zugleich die gaianiſche Zweitheilung der res humani iuris in res privatae und res publicae überhaupt befolgt habe. [3])

Zweifellos unabhängig von jener Zweitheilung ſind die Inſtitutionen Juſtinians in einer Stelle, welche im ganzen wörtlich dem vorhin angeführten Satze Marcians entlehnt iſt.

Pr. J. de R. D. 2, 1: — quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique acquiruntur, sicut ex subiectis apparebit.

Hier bilden die res publicae nur eine einzelne unter den fünf Gattungen der Eintheilung; und eben das, was dieſe Gattung nebſt der folgenden der res universitatis in der Aufzählung der Inſtitutionen umfaßt, das ſollen vermuthlich bei Marcian die res universitatis allein umfaſſen. [4]) M. a. W.: während Marcian den populus Romanus unter den universitates mitbegreift, unterſcheiden ihn die Inſtitutionen von den übrigen universitates.

Eben dieſe Beſchränkung der Bezeichnung publicus auf den römiſchen Staat nennt Gaius eine ſehr gebräuchliche.

L. 16 D. de V. S. 50, 16:

(*Gai.* lib. 3. ad ed. prov.) Eum, qui vectigal populi

3) Jedenfalls vermag ich nicht zuzuſtimmen, wenn Kappeler a. a. O. S. 1 ſagt: „Welche Gattungen von Sachen hiernach (nämlich nach l. 1 pr. cit.) unter den res publicae begriffen ſind, erläutert dann l. 2 pr. eod.: Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, — pleraque singulorum.“

4) Vgl. Eiſele a. a. O. S. 7 ff.

Romani conductum habet, „publicanum“ appellamus. nam „publica“ appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit: civitates enim privatorum loco habentur.

Dem entsprechend erklärt noch Papinian[5]) ungeachtet entgegenstehender Constitutionen der Kaiser Trajan und Hadrian,[6]) der Unterschleif von Gemeindegeldern sei nur mit der actio furti verfolgbar, nicht mit dem crimen peculatus; letzteres nämlich setzt gemäß der lex Julia peculatus pecunia sacra, religiosa, publica voraus.[7])

Und übereinstimmend erläutert Ulpian den Ausdruck publica vectigalia.

L. 17 §. 1 D. de V. S. 50, 16:

(*Ulp.* lib. 10. ad ed.) „Publica“ vectigalia intellegere debemus, ex quibus vectigal fiscus capit: quale est vectigal portus vel venalium rerum, item salinarum et metallorum et picariarum.

Doch ist es auch nichts Seltenes, daß umgekehrt die res civitatium unter den res publicae mitverstanden werden. So namentlich in

l. 9 D. de usurp. 41, 3:

(*Gai.* lib. 4. ad ed. prov.) Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatium, item liberis hominibus.

l. 3 §. 4 D. quod vi 43, 24:

(*Ulp.* lib. 71. ad ed.) Plane si praeses vel curator rei publicae permiserit in publico facere, Nerva scribit exceptionem locum non habere, quia etsi ei locorum, inquit, publicorum procuratio data est, con-

5) L. 82 (81) D. de furt. 47, 2.
6) L. 5 §. 4 (l. 4 §. 7) D. ad leg. Jul. pecul. 48, 13.
7) L. 1 D. eod.

cessio tamen data non est. hoc ita verum est, si non lex municipalis curatori rei publicae amplius concedat etc.

l. 5 §. 4 eod.:

(Id. eod.) Item ait, si quis in publico municipii velit facere, sufficere ei, si curatori rei publicae denuntiet.

l. 1 §. 2 D. de mun. et hon. 50, 4:

(*Hermogen.* lib. 1. epitom.) Personalia civilia sunt munera — annonae et similium cura: praediorumque publicorum — publicae viae munitiones [8]) etc.

Ebenſo dürfte es ſein in l. 2 §. 9 D. ne quid in loco publ. 43, 8:

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balineo lavare aut in theatro [8a]) spectare arceatur: [8b]) sed in omnibus his casibus iniuriarum actione utendum est.

Daß Conſtitutionen Trajans und Hadrians das Gemeindevermögen zwecks Anwendung der lex Julia peculatus als pecunia publica behandelt wiſſen wollten, haben wir bereits geſehen. [9]) Indeſſen zeigt einerſeits die Nothwendigkeit wiederholter kaiſerlicher Verordnungen, anderſeits

8) Munitionis *scr.* M.

8a) Aehnlich heißt es in l. 13 §. 7 D. de iniur. 47, 10 (Ulp. lib. 57. ad ed.): in publicum lavare vel in cavea publica sedere.

8b) Vgl. §. 6 J. de R. D. 2, 1: Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt, ut theatra stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatium. L. 6 §. 1 D. de D. R. 2, 1.

9) S. oben N. 6.

die, ebenfalls schon bemerkte,[10]) Nichtbeachtung derselben durch Papinian, wie dies durchaus nicht als selbstverständlich galt.

In der That blieb man sich bewußt, daß dieser Gebrauch von publicus ein uneigentlicher sei.

L. 15 D. de V. S. 50, 16:
(*Ulp.* lib. 10. ad ed.) Bona civitatis abusive „publica" dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt.

Uebrigens steht hinter dem zuletzt dargestellten Gegensatze der Bezeichnungsweise eine durchgreifende Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung nicht;[10a]) namentlich ist diese für die res publicae in publico usu ganz dieselbe, einerlei ob sie im engern oder nur im weitern Sinne publicae sind.

2. Die res publicae sowohl in dem engern Sinne von res populi Romani, als in dem weitern, in welchem sie auch die res civitatium umfassen, zerfallen wiederum in zwei Classen. Die eine derselben bilden diejenigen Sachen, welche entweder zum unmittelbaren Verbrauche für Staats- oder Gemeindezwecke bestimmt sind, wie z. B. Cassenbestände, Proviant, Bekleidung und Munition für Heer und Marine, Heizungs- wie Schreibvorräthe für den öffentlichen Dienst; oder welche als s. g. werbendes Vermögen dem Staate oder der Gemeinde Erträge abwerfen. Beide Arten von Sachen heißen res publicae in pecunia populi[11]) oder in pecunia publica,[11a]) in patri-

10) S. oben N. 5.
10a) Vgl. unten Ziffer 2 zu N. 22 f.
11) L. 6 pr. D. de C. E. 18, 1. (Pompon. lib. 9. ad Sabin.).
11a) L. 1 cit. D. ad leg. Jul. pecul. 48, 13.

monio populi, [12]) in patrimonio fisci [13]) oder Caesaris, [13a]) res fiscales, [14]) oder pecunia, [15]) bona civitatium. [15a]) Die andre Claſſe bilden die res publicae in publico usu habitae, [16]) publicis usibus destinatae [17]) oder publicae usibus populi perpetuo expositae. [17a]) Hierher gehören die rechtlich dem Gemeingebrauche unterliegenden Sachen, ſowohl bewegliche, [18]) als Grundſtücke; nicht minder aber

12) L. 14 pr. D. de A. R. D. 41, 1 (Nerat. lib. 5. membran.). S. oben S. 19.

13) L. 72 §. 1 D. de C. E. 18, 1 (Papin. lib. 10. quaest.). l. 2 §. 4 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (Ulp. lib. 68. ad ed.).

13a) L. 39 §. 10 D. de legat. I. Ulp. lib. 21. ad. Sabin.

14) L. 2 §. 4 cit.

15) L. 82 (81) D. de furt. 47, 2 (Papin. lib. 1. resp.).

15a) L. 15 cit. D. de V. S. 50, 16. l. 17 pr. eod. (Ulp. lib. 10. ad ed.) Inter „publica“ habemus non sacra nec religiosa nec quae publicis usibus destinata sunt: sed si qua sunt civitatium velut bona . sed peculia servorum civitatium procul dubio publica habentur. Beide Stellen beziehen ſich ihrem urſprünglichen Zuſammenhange nach (Lenel ed. perp. §. 33 und paling. vol. II col. 454 sq. nr. 343) auf ſolches Gemeindeververmögen (quicquam est corporale rei publicae quod possideatur l. 8 D. quod cuiuscunq. univ. 3, 4. vgl. l. 1 §. 2 eod.: quod eorum (sc. quibus permissum est corpus habere) commune erit), welches bei mangelnder Vertretung der Gemeinde der missio ihrer Gläubiger unterliegt. Dernburg Rechtsgutachten S. 4*). Kappeler a. a. O. S. 4 N. 1.

16) L. 6 pr. cit. de C. E. 18, 1. l. 72 §. 1 cit. eod.

17) L. 17 pr. D. de V. S. 50, 16 cit.

17a) §. 2 J. de inutil. stip. 3, 19.

18) Daß der Gemeingebrauch ſtets nur unbewegliche Sachen betreffe, wie Bekker a. a. O. §. 78 S. 338 N. f behauptet, iſt nicht richtig: man denke an Bibliotheken und

auch die dem öffentlichen Dienste gewidmeten,[18a]) also Deiche, Festungswerke, Zeughäuser, Pulvermagazine, Gefängnisse, Parlaments-, Ministerial-, Gerichtsgebäude, Rath- und Schulhäuser, Casernen, Militärreitbahnen, Militärschießstände, Armen-, Kranken-, Siechen-, Waisenhäuser, Spritzenhäuser, öffentliche Cloaken u. s. w.[19])

So scharf indessen die begriffliche Unterscheidung zwischen beiden Classen der res publicae gezogen zu sein scheint, so gewiß ist es, daß einzelne dem Gemeingebrauche unterliegende Sachen zugleich Aufkünfte abwerfen, z. B. öffentliche Wege Nebennutzungen von Gras und Obst, insofern also werbendes Vermögen des Staates oder einer Gemeinde darstellen. In noch weit höherm Maße ist dies der Fall bei manchen dem öffentlichen Dienste gewidmeten Sachen, wie z. B. bei städtischen Wasserleitungen, Gaswerken, Anlagen zur Erzeugung von Elektricität. Soweit derartige

andere Sammlungen, deren Benutzung und Betrachtung dem Publicum überlassen ist. Richtig ist nur, daß solche Sammlungen sich auf einem Grundstücke befinden müssen, welches zwecks ihrer Benutzung dem Publicum zugänglich, insofern also selbst in publico usu ist. Vgl. Bekker selbst a. a. O. §. 78 S. 339 N. m.

18a) Basilicae l. 83 §. 3. l. 137 §. 6 D. de V. O. 45, 1 (vgl. dazu Kappeler a. a. O. S. 40 N. 1); insulae l. 2 §. 3 D. ne quid in loco publ. 43, 8.

19) Kappeler a. a. O. S. 40 f. Dernburg Pandekten Bd. I §. 71 unter b. Windscheid Lehrb. Bd. I §. 146 Nr. 15. Bekker a. a. O. §. 77 Beil. III S. 333 f.

Die Römer stellen hierher auch Theater, Rennbahnen, öffentliche Bäder und drgl. §. 6 J. de R. D. 2, 1. l. 6 §. 1 D. de D. de D. R. 1, 8. §. 2 J. de inutil. stip. 3, 19. l. 2 §. 9 D. ne quid in loco publ. 43, 8. Bei uns gehören derartige Anstalten des Staates oder der Gemeinde als werbendes Vermögen zum patrimonium publicum. Bekker a. a. O. S. 334 unter β.

Anſtalten unmittelbar der Einwohnerſchaft zugute kommen durch Speiſung öffentlicher Brunnen, durch Beleuchtung der ſtädtiſchen Straßen und Plätze, ſind jene Anſtalten res in publico usu. Oft aber liefern ſie daneben in die Gemeindecaſſe eine nicht unerhebliche Einnahme aus der Verabfolgung von Waſſer, Gas, Elektricität gegen Entgelt. Soweit dies der Fall iſt, gehören ſie unzweifelhaft zum werbenden Vermögen der Gemeinde. Das Gleiche gilt für Marktplätze, Markthallen, Schlachthäuſer der Gemeinde, ſofern für deren Benutzung eine Vergütung erhoben wird;[20]) ſodann für Dienſtgebäude, z. B. Rathhäuſer, ſofern deren Keller zu Weinlagern oder Wirthſchaftshallen, deren Böden als Speicher oder Trockenplätze, deren Nebengelaſſe zu Verkaufsſtänden vermiethet werden, aber auch, ſofern ſie außer den für den öffentlichen Dienſt beſtimmten Räumen eigentliche Miethwohnungen enthalten. Nicht minder wird man die Zugehörigkeit zum werbenden Staats- oder Gemeindevermögen von allen öffentlichen Gebäuden behaupten müſſen, welche und ſoweit ſie zu ſ. g. Dienſtwohnungen beſtimmt ſind: der Betrag, welcher den ſie benutzenden Beamten an Gehalt oder Wohnungszuſchuß gekürzt wird, iſt in Wahrheit ihr Miethpreis, alſo ihr Ertrag. Nicht dagegen darf man als werbendes Gemeindevermögen Waſſerleitungen, Gasanſtalten, elektriſche Werke der Gemeinde anſehen, ſoweit ſie in Dienſtgebäuden den der Gemeinde zur Laſt fallenden Bedarf billiger decken, als dies bei Bezug jenes

20) Bekanntlich zeigt die Geſetzgebung der Gegenwart das Beſtreben, aus volkswirthſchaftlichen Gründen für Sachen der letztgenannten Arten dieſe Vergütung auf den Betrag der Selbſtkoſten zu beſchränken. Vgl. über Marktſtandsgelder die Gewerbeordnung für das deutſche Reich v. 1. Juli 1883 §. 68 und das preußiſche Geſetz v. 26. April 1872; über Schlachthausabgaben das preußiſche Geſetz v. 18. März 1868. §. 5.

Bedarfs von dritter Seite geschehen würde: das bloße Vermeiden einer unnöthigen Ausgabe ist kein Ertrag, keine Vermehrung des vorhandenen Vermögens.

3. Die rechtliche Behandlung der res publicae ist eine sehr verschiedenartige, je nachdem sie ausschließlich zum patrimonium fisci vel civitatis gehören, oder in publico usu sich befinden, wennschon daneben vielleicht Erträge ergeben.

Die erste Classe als solche unterscheidet sich privatrechtlich [21]) in nichts von den im Eigenthume der Privaten befindlichen Sachen; die Begünstigung der Usucapionsunfähigkeit trifft nur die res fiscales, [22]) nicht die res in patrimonio civitatis. [23])

Abgesehen von den Domanialgrundstücken, für deren Pächter oder Miether, wie erwähnt, ein im neunten Titel des 43. Buches der Pandekten behandeltes Interdict aufgestellt worden ist, haben wir uns in vorliegendem Zusammenhange mit dieser ersten Classe der res publicae nicht zu beschäftigen: hier geht uns nur deren zweite Classe an.

Bekanntlich ist es gegenwärtig überaus bestritten, wie das Rechtsverhältniß aufzufassen sei, in welchem die res publicae in publico usu zu Staat oder Gemeinde stehen. Die aus Anlaß des Rechtshandels zwischen den Cantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt um die Festungswerke der Stadt Basel seit etwa 30 Jahren in Bewegung ge-

21) Strafrechtlich war sie allerdings dadurch ausgezeichnet, daß nur sie Gegenstand des peculatus sein konnte. S. oben N. 6 f.

22) L. 18. l. 24 §. 1 D. de usurp. 41, 3. §. 9 J. de usuc. 2, 6. l. 2 Cod. comm. de usuc. 7, 30.

23) L. 9 de usurp. 41, 3 cit. (oben S. 22) hier sind nur die res publicae civitatium ausgenommen, d. h. die in publico usu befindlichen.

rathenen Lehrmeinungen lassen sich auf zwei Gruppen zurückführen.

Nach den Ansichten der ersten Gruppe ist das Recht des Staates oder der Gemeinde an jenen Sachen jedenfalls nicht das privatrechtliche Eigenthum, vielmehr ein „reines Hoheitsrecht" oder ein „Hoheits- und Polizeirecht," [24]) welches jedoch „alle Befugnisse des Eigenthums in sich schließt," [24a]) eine über den Gesichtspunct eines hoheitsrechtlichen Rechtes hinausreichende und insofern mit privatrechtlichem Charakter versehene „rechtliche Zugehörigkeit," [25]) „Eigenthum des ius publicum, publicistisches Eigenthum," d. h. „dasjenige Eigenthum, welchem die Zweckbestimmung zum Gemeingebrauch immanent ist." [26])

Die zweite Gruppe besteht nur aus einer einzigen, aber um so allgemeiner verbreiteten, Ansicht. Abgesehen von den s. g. res communes omnium und den flumina publica und portus publici, stehen nach dieser Ansicht die res publicae in publico usu im privatrechtlichen Eigenthume des Staates oder einer Gemeinde, jedoch unterliegt dieses Eigenthum mit Rücksicht auf die Zweckbestimmung jener Sachen besonders gearteten Beschränkungen.

Bevor wir beiderlei Ansichten der Prüfung unterziehen,

24) So Keller im Urtheile des Schiedsgerichtes über die Baseler Festungswerke v. 19. Nov. 1833 (abgedruckt bei Ihering der Streit u. s. w. Anhang S. 49 ff.) Erwägung 3; — Rechtsgutachten S. 8 und 12 f., — Nachtrag Anh. II S. 64 ff. S. 82 f. S. 84 f. Vgl. Pandekten §. 48.

24a) Nachtrag Anh. II S. 64.

25) So darf wohl v. Iherings Ansicht gefaßt werden nach dessen Darstellung in der zweiten Auflage der Schrift „über den Grund des Besitzschutzes" S. 151 f. Vgl. Eisele a. a. O. S. 17 f.

26) Eisele a. a. O. S. 24.

betonen wir nachdrücklich, daß unsere Streitfrage in Beziehung auf die res communes omnium, die flumina publica und die portus publici völlig gegenstandslos ist: die genannten Sachen sind ohne jede Rücksicht auf ihre rechtliche Zweckbestimmung ihrer Natur nach des Eigenthums unfähig, wie wir im 12. Titel dieses Buches ausführen werden. Eben deshalb aber lassen sich aus ihrer rechtlichen Behandlung keine Beweise gegen das privatrechtliche Eigenthum an den übrigen res publicae in publico usu entnehmen. Diese sind, wie allgemein zugestanden wird, ihrer natürlichen Beschaffenheit nach dem privatrechtlichen Eigenthume durchaus zugängig: die Frage dreht sich eben darum, ob die ihnen mit rechtlicher Wirkung beigelegte Zweckbestimmung sie dem privatrechtlichen Eigenthume entziehe, oder dieses Eigenthum lediglich mit gewissen Besonderheiten ausstatte.

Ueber die Art, wie jene Zweckbestimmung erfolgt, scheint vollkommene Einigkeit zu herrschen. Ordentlicherweise geschieht sie durch Verfügung der zuständigen Staats- oder Gemeindebehörde.[26a]) Diese Verfügung ist kein privatrechtliches Geschäft, sondern eine Handlung des öffentlichen Rechtes; und eben das öffentliche Recht ordnet auch die Zuständigkeit der Behörde für die einzelne Art der

26a) Eisele a. a. O. S. 33. Bei den Römern heißt diese Verfügung publicatio. L. 2 §. 21 D. ne quid in loco publ. 43, 8. Sueton. August. c. 29. Orelli inscriptiones vol. II Nr. 259 sq.: Id quod intra cippos ad camp(um) versus soli est, Caes(ar) August(us) redemtum a privato publicavit. Hygin. de limit. constit. ed. Lachm. p. 169 lin. 7 sqq.: In Italia itineri publico serviunt (sc. linearii limites) sub appellatione subruncivorum, habent latitudinem ped. VIII: hos conditores coloniarum fructus asportandi causa publicaverunt. Vgl. Pernice Labeo Bd. 1 S. 269 f.

Verfügung. Als Ersatz einer derartigen Verfügung, also außerordentlicherweise, wirkt die unvordenkliche Zeit.[26b])

Vielleicht übrigens dürfte es nicht so überflüssig sein, als es etwa scheinen möchte, auch darauf hinzuweisen, daß Verfügung der zuständigen Behörde sowohl als unvordenkliche Zeit nicht nur das rechtliche Vorhandensein des usus publicus bestimmen, sondern nothwendig zugleich auch die Art und das Maß desselben.[26c]) Es ist keineswegs selbstverständlich, daß z. B. ein Weg deshalb, weil er überhaupt dem Gemeingebrauche gewidmet ist, nun auch jeder beliebigen Art der Benutzung freigegeben sei, welche an öffentlichen Wegen vorkommt: nicht selten soll ein öffentlicher Weg nur Fußgängern oder außer Fußgängern nur Reitern und leichtem Fuhrwerke dienen u. s. w. Meist wird die Verfügung der zuständigen Behörde, welche den Gemeingebrauch anordnet, auch hierüber ausdrücklich etwas festsetzen; in Ermangelung solcher Festsetzung oder ihrer Nachweisbarkeit muß die bisherige Weise der Benutzung und die thatsächliche Leistungsfähigkeit der Sache Art und Maß der zulässigen Benutzung entscheiden. Hinsichtlich der unvordenklichen Uebung ergiebt sich dies aus ihrem Wesen.

Dieselben Thatsachen, welche eine res publica dem öffentlichen Gebrauche rechtlich unterwerfen, müssen umgekehrt auch als die Gründe gelten, kraft deren sie die Eigenschaft der res in publico usu verliert.[26d]) Und zwar tritt

26b) Eisele a. a. O. L. 3 pr. D. h. t.

26c) Vgl. unten Ziffer 12 bei N. 48.

26d) Eisele a. a. O. S. 33 f. L. 2 D. de via publ. 43, 11 bezeugt, daß der bloße Nichtgebrauch eines öffentlichen Weges als solchen den rechtlich daran bestehenden Gemeingebrauch nicht aufhebt, nämlich nicht in der bestimmten Zeit, in welcher eine Wegeservitut durch Nichtgebrauch erlischt. Anders wenn der Gebrauch seit unvordenklicher

dieser Verlust infolge der darauf gerichteten Verfügung der zuständigen Behörde mit dem Augenblicke ein, von welchem an jene Verfügung ihn eintreten lassen will; es ist dazu keineswegs weiter erforderlich, daß die Sache für den bisher an ihr rechtlich bestehenden usus publicus erst thatsächlich ungeeignet gemacht worden ist, also z. B. daß die Festungswerke, deren Bestand gemäß der Verfügung mit einem bestimmten Tage aufhören soll, erst noch wirklich abgetragen worden sind. Allerdings können sie einstweilen noch als Schutz gegen einen einbrechenden Feind benutzt werden; allein das beweiset für ihre rechtliche Eigenschaft ganz und gar nichts: werden zu solchem Zwecke im Nothfalle doch auch Anlagen verwendet, deren rein privatrechtliche Natur überhaupt nicht in Frage steht; und der hiergegen gerichtete Zweifel v. Iherings [26e]) ist am Ende nicht so ernsthaft gemeint.

4. Weder die eine noch die andre Ansicht über die Natur des Rechtes, welches einem Gemeinwesen an einer ihm gehörigen res in publico usu zusteht, läßt sich u. E. unmittelbar aus den Quellen erweisen.

Insbesondere verneint l. 1 pr. D. de D. R. 1, 8 mit den Worten: quae publicae sunt (sc. res), nullius in bonis esse creduntur — durchaus nicht jedes privatrechtliche Eigenthum der res in publico usu, also auch nicht dasjenige des Staates oder der Gemeinde; verneint wird vielmehr nur das Eigenthum einer einzelnen natürlichen Person. [27]) Im erstern Sinne verstanden, würde die Stelle

Zeit unterlassen worden wäre. Vgl. übrigens unten Ziffer 10 nach N. 80.

26e) Der Streit S. 22.

27) S. oben Ziffer 1 S. 19. Ich sehe nicht, weshalb man mit Windscheid Lehrb. I §. 146 N. 16 wegen des den oben mitgetheilten Worten vorhergehenden Satzes: res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius

das Eigenthum nicht nur an res publicae in publico usu leugnen, sondern zugleich an res in patrimonio populi, die doch auch zu den res publicae gehören. [27a])

Bedenklicher erscheint auf den ersten Blick l. 18 pr. und l. 3 §. 3 D. de a. et a. pl. a. 39, 3. [27b])

L. 18 pr. cit.:

(*Javolen.* lib. 10. ex Cassio.) Si in publico opus factum est, quo aqua pluvia noceret, agi non potest: interveniente loco publico agi poterit . causa eius rei haec est, quod ea actione non tenetur nisi dominus solus.

L. 3 §. 3 cit.:

(*Ulp.* lib. 53. ad ed.) Aquae pluviae arcendae non nisi eum teneri, qui in suo opus faciat, receptum est, eoque iure utimur . quare si quis in publico opus faciat, haec actio cessat, sibique imputare debet is, qui damni infecti cautione sibi non prospexit . si tamen in privato opus factum sit et publicum interveniat, de toto agi posse aquae pluviae arcendae *Labeo* ait.

Vor allem die erste Stelle erweckt den Schein, als ob die actio aquae pluviae arcendae wegen einer bedrohlichen Veränderung des Regenwasserlaufes auf einem locus

in bonis sunt — in jenen Worten eine Verneinung des Eigenthums überhaupt erblicken müsse.

27a) Vgl. die Stellen in N. 11—15a und l. 1 pr. D. de loco publ. fruendo 43, 9.

27b) Auf die letzte Stelle weiset hin Brinz Lehrbuch der Pandekten 2. Aufl. Bd. 1 §. 173 N. 24 S. 687. Die von ihm daneben aufgeführte l. 2 §. 3 eod. dagegen läßt sich überhaupt nicht für unsre Frage benützen: sie spricht nicht von einem opus in publico factum, sondern von einem opus publica auctoritate factum. Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39 u. 40 Thl. 3 Ziffer 13 S. 200 f. N. 79.

publicus deshalb ausgeschlossen wäre, weil der locus publicus als solcher einen Eigenthümer nicht habe.[27c]) Treffend jedoch bemerkt hiergegen Burckhard,[27d]) daß, so verstanden, die Stelle zu viel beweisen würde. Wie eben erwähnt,[27e]) umfaßt die Bezeichnung „locus publicus“ ohne weitern Zusatz auch ein zum patrimonium populi vel fisci gehöriges Grundstück; ja, man wird im gegenwärtigen Zusammenhange vorzugsweis an ein solches zu denken haben, weil bei der actio aquae pluviae arcendae das bedrohte Grundstück nothwendig stets und das bedrohliche thatsächlich in den allermeisten Fällen ein Feldgrundstück ist, Feldgrundstücke jedoch sich selten in der Stadt, um so häufiger aber auf dem Lande finden, hier auch als bedrohliche Grundstücke viae publicae und flumina publica deshalb nicht in Betracht kommen, weil gegen beabsichtigte Veränderungen an ihnen dem dadurch Bedrohten noch andere Rechtsbehelfe zugebote stehen, als die cautio damni infecti, auf welche l. 3 §. 3 cit. ausschließlich verweiset.[27f]) Indessen kann eben diese Stelle in dem Satze: non nisi eum teneri, qui in suo opus faciat — gar nicht meinen, daß mit der actio aquae pluviae arcendae der Eigenthümer des bedrohlichen Grundstücks nur dann hafte, wenn er das gefährdende opus gemacht hat: es steht ja außer Zweifel, daß er dann, wenn er das opus nicht gemacht hat, mit

27c) In der That ist dies die Ansicht Schneiders, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. 5 S. 356.

27d) A. a. O. S. 202 f.

27e) S. N. 27a.

27f) Nämlich bei loca publica das interdictum Ne quid in loco publico fiat, bei flumina publica wenigstens häufig das interdictum Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit. L. un. §. 3 D. ne quid in flum. 43, 13.

dieſer Klage patientiam präſtirt.[27g]) Folglich kann der Sinn der Stelle nur der ſein: mit der actio aquae pluviae arcendae haftet der Errichter des gefährdenden opus als ſolcher nicht, ſondern nur, wenn er zugleich Eigenthümer des gefährdenden Grundſtückes iſt. Eben deshalb haftet er mit ihr nicht, wenn er das opus in loco publico gemacht hat. Ob mit der genannten Klage ſtatt ſeiner ein Dritter belangt werden könne, bleibt in der Stelle ebenſo unerörtert, wie die Frage, ob er ſelbſt mit einer andern Klage hafte, während es doch einerſeits gewiß iſt, daß er mit dem interdictum Quod vi aut clam auf das volle Intereſſe belangt werden kann,[27h]) und anderſeits aus l. 9 D. quod cuiuscumq. univ. 3, 4[27i]) mit voller Sicherheit entnommen werden darf, daß eine Gemeinde, auf deren Grundſtücke eine bedrohliche Veränderung des Regenwaſſerablaufes ſtattgefunden hat, mit der actio aquae pluviae arcendae für patientia einſteht. Und im gleichen Sinne wie l. 3 §. 3 iſt auch l. 18 pr. cit. zu verſtehen: wer in loco publico eine gefährdende Veränderung des Waſſerlaufes vorgenommen hat, haftet mit der actio aquae pluviae arcendae nicht, weil dieſe Klage nur gegen den Grundeigenthümer geht. Auch l. 18 pr. läßt m. E. die Frage ganz unberührt, ob hier etwa der Staat als Eigenthümer des locus publicus für patientia einſtehe. Es iſt m. a. W. zu dem agi non potest zu ergänzen adversus eum, qui opus fecit.[27k])

27g) L. 4 §. 2. l. 5 eod.

27h) L. 4 §. 2. l. 5 eod. cit.

27i) Pompon. lib. 3. ad Sab.: Si tibi cum municipibus hereditas communis erit, familiae erciscundae iudicium inter vos redditur . idemque dicendum est et in finium regundorum et aquae pluviae arcendae iudicio.

27k) Burckhard S. 206 findet in den angeführten Worten und den weiteren: causa eius rei haec est, quod ea actione non tenetur nisi dominus solus — auch die

Beweiſen ſomit die beſprochenen Stellen nichts gegen das Eigenthum des Staats oder der Gemeinde an den res publicae in publico usu, ſo ergeben anderſeits auch die den vorhin erörterten Worten der l. 1 pr. cit. folgenden: ipsius enim universitatis esse creduntur, ebenſowenig das Gegentheil. Denn da alle res humani iuris, quae singulorum non sunt, gerade nach dieſer Stelle als publicae gelten, zu letzteren mithin auch ſowohl die res communes omnium gehören, als die der Occupation unterliegenden herrenloſen Sachen, [271]) ſo kann das universitatis esse gar nicht vom Eigenthume des Staates oder der Gemeinde verſtanden werden, iſt vielmehr davon zu verſtehen, daß die res publicae zu der universitas eine gewiſſe, wenngleich im einzelnen verſchiedenartige, vermögensrechtliche Beziehung haben, ſei dieſe nun privatrechtliches Eigenthum, öffentlicher Gebrauch [27m]) oder allgemeine Occupationsbefugniß.

Und ebenſo wenig können wir den unmittelbaren Beweis für das Privateigenthum des Staates an den res

Verneinung der Klage auf patientiam praestare, und erklärt dies damit, daß der Staat bei den Römern nicht habe gerichtlich belangt werden können. Wenn letztere Behauptung für das Aerar wahrſcheinlich zutrifft (ſ. Mommſen römiſches Staatsrecht Bd. 1 2. Aufl. S. 170 f. Bd. 2 Abth. 1 S. 542 f.), ſo dürfte ſie, insbeſondere für die Zeit des Javolenus, hinſichtlich des Fiscus einigermaßen bedenklich ſein. S. v. Bethmann-Hollweg der römiſche Civilprozeß Bd. 2 §. 81 S. 183 f. — Vgl. übrigens auch Mommſen a. a. O. Bd. 2 Abth. 2 S. 967 f. S. 980 ff. Auch ſetzt dieſe Erklärung voraus, daß unter einem locus publicus in l. 18 pr. cit. der einer Gemeinde gehörige Platz nicht mit verſtanden ſei; ſonſt würde die Stelle in offenen Widerſpruch zu l. 9 D. quod cuiusc. univ. 3, 4 cit. treten.

27l) S. oben Ziffer 1 S. 19.

27m) S. unten zu N. 37.

publicae des Staates mit Dernburg[27a]) finden in l. 2 §. 21 init. D. ne quid in loco publ. 43, 8; l. 1 pr. D. de interd. 43, 1 und §. 6 J. de R. D. 2, 1.

L. 2 §. 21 init. cit. (*Ulp.* lib. 68. ad ed.) lautet: Viam publicam eam dicimus, cuius etiam solum publicum est: non enim sicut in privata via, ita et in publica accipimus: viae privatae solum alienum est, ius tantum eundi et agendi nobis competit: viae autem publicae solum publicum est etc.

Zu dieser Stelle bemerkt Eisele:[28]) „Richtig an der Auffassung Dernburgs ist nur dies, daß durch die Bezeichnung des solum als publicum eine rechtliche Beziehung desselben zum Staat ausgedrückt wird; ob diese aber Privateigenthum sei, wird durch das Fragment — eher zweifelhaft gemacht, als bestätigt." „Offenbar wird — in der Stelle ein Gegensatz statuirt: bei der via privata ist das solum privatum, privates Eigenthum eines Einzelnen (alienum heißt es mit Rücksicht auf die Wegeberechtigten), und es ist das Recht zu gehen ein ius in re aliena; bei der via publica findet eine andere rechtliche Auffassung statt (non enim sicuti in privata via, ita et in publica accipimus). Könnte Ulpian so sprechen, wenn für ihn der Begriff der via publica der wäre: ein Weg, an dem der Staat privates Eigenthum, jeder Bürger das ius eundi hat? Das rechtliche Verhältniß wäre ja dann objectiv (nämlich abgesehen davon, daß das Subject des Privateigenthums der Staat, das Subject des Gebrauchsrechts der populus ist), ganz dasselbe wie bei der via privata."

27a) Rechtsgutachten S. 12 ff. — Hinsichtlich der l. 2 §. 21 cit. zustimmend Wappäus a. a. O. S. 27; Pernice a. a. O. S. 271; weniger entschieden Kappeler a. a. O. S 14 N. 1.

28) A. a. O. S. 6.

Die letzte Behauptung freilich ist unhaltbar. Die Bürger benutzen die loca publica, zu denen ja auch die viae publicae gehören, nicht kraft eines ihnen persönlich daran zustehenden Privatrechtes, sondern kraft ihres Bürgerrechtes.[28a])

L. 2 cit. §. 2:

— loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque etc.

Das kann doch nichts Anderes heißen, als: „kraft eines durch das Bürgerrecht dem einzelnen Bürger zugute kommenden Rechtes des Staates oder der Gemeinde an den loca publica.“ Auch unter der Voraussetzung also, daß dieses Recht des Staates oder der Gemeinde an den viae publicae privatrechtliches Eigenthum des Staates oder der Gemeinde an den Wegen sein sollte, ist die Befugniß der Staats- oder Gemeindebürger, jene Wege zu benutzen, in ihrem rechtlichen Wesen grundsätzlich verschieden von einer servitus viae.[29]) Allein trotzdem muß anerkannt werden, daß l. 2 §. 21 einen zwingenden Beweis für das Privateigenthum des Staates oder der Gemeinde an öffentlichen Wegen nicht bildet: der Satz „solum publicum est“ braucht nicht dahin verstanden zu werden, daß der Boden im privatrechtlichen Eigenthume des Staates oder einer Gemeinde stehe; er läßt sich auf die bloße Verneinung des Privateigenthums beziehen. Heißen doch die litora maris, welche ihrem Wesen nach privatrechtlichem Eigenthume völlig entzogen sind, aber als res communes omnium dem allge-

28a) Bruns die römischen Popularklagen in Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 3 S. 392 (kleinere Schriften Bd. 1 S. 356); Pernice a. a. O. S. 272; Kappeler a. a. O. S. 16 zu N. 2; Eisele a. a. O. S. 18 f. S. 28.

29) Vgl. Eisele S. 32.

meinen Gebrauche unterliegen,[30]) eben in dem Sinne publica, daß damit der völlige Ausschluß alles Privateigenthums ausgedrückt werden soll;[31]) und muß doch die Bezeichnung publicus vom alveus eines flumen publicum[32]) in gleichem Sinne verstanden werden.

L. 1 pr. D. de interd. 43, 1 sodann sagt:

(*Ulp.* lib. 67. ad ed.) Videamus, de quibus rebus interdicta competunt . et sciendum est interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere . divinis, ut de locis sacris et religiosis . de rebus hominum interdicta redduntur aut de his, quae sunt alicuius, aut de his, quae nullius sunt . quae sunt nullius haec sunt: liberae personae, de quibus exhibendis et ducendis interdicta competunt . quae sunt alicuius, (haec *del.* M.) sunt aut publica aut singulorum . publica: de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis; quae autem singulorum sunt, aut ad universitatem pertinent, ut interdictum Quorum bonorum, aut ad singulas res, ut est interdictum Uti possidetis, de itinere actuque.

Indessen zeigt die Einreihung der interdicta de fluminibus publicis unter die interdicta de rebus publicis, quae sunt alicuius, daß die letzten Worte in dieser Stelle gar nicht mit Dernburg[33]) vom privatrechtlichen Eigenthume verstanden werden dürfen: die flumina publica entziehen sich ihrer Natur nach jedem Eigenthume.[34]) Was

30) L. 2 §. 1 D. de D. R. 1, 8. §§. 1. 3. 5 J. de R. D. 2, 1.
31) L. 14 pr. D. de A. R. D. 41, 1 (s. oben S. 19). Eisele a. a. O. S. 6 zu N. 2.
32) L. 1 §. 7 D. de flum. 43, 12. Dernburg S. 12 f. findet hierin umgekehrt das Staatseigenthum am Flußbette ausgesprochen.
33) A. a. O. S. 14.
34) S. unten Titel 12 Ziffer 2.

hier mit dem alicuius esse gemeint ist, haben wir bereits in Thl. 1 dieser Serie des Commentars [35]) gesehen. Wie Ulpian die interdicta de fluminibus publicis zu den interdicta de rebus publicis zählt, quae sunt alicuius, so zählt er das interdictum de itinere actuque privato zu den interdicta de rebus singulorum, quae sunt alicuius. Anderseits bezeichnet er als interdicta de rebus hominum, quae sunt nullius, die interdicta de liberis personis exhibendis vel ducendis, welche sich auf das Recht der väterlichen Gewalt und des Patronates stützen. Während er also unter der letztern Interdictenclasse familienrechtliche Interdicte begreift, kann er unter den interdicta de rebus hominum, quae sunt alicuius, nichts Anderes meinen, als vermögensrechtliche Interdicte; alicuius esse bedeutet m. a. W. „zum Vermögen einer Person gehörig." [36]) Darunter fallen die allerverschiedenartigsten vermögensrechtlichen Beziehungen, heißt es doch selbst von den s. g. res communes omnium: sunt omnium, [37]) obwohl nichts gewisser ist, als daß diese

35) S. 39.

36) Aehnlich Wappäus a. a. O. S. 23 f. S. 90. — Kappeler a. a. O. S. 25 ff., dem Eisele a. a. O. S. 6 f. unter b beitritt, versteht unter den res der l. 1 pr. cit. „körperliche Dinge," und zwar unter res, quae sunt nullius, „Dinge, die nicht rein gegenständlich, die der Unterwerfung zu Objecten des menschlichen Willens moralisch unfähig sind, weil sie immer noch Subjecte bleiben," also Personen; unter res, quae alicuius sunt, dagegen Dinge, „die rein als Objecte in Betracht kommen," also Sachen, ohne Unterschied, ob dieselben „aus natürlichen (physischen) Gründen der Unterwerfung zu Objecten sich entziehen." Mir scheint das nicht besonders klar.

37) Pr. §. 1 J. de R. D. 2, 1. l. 2 pr. §. 1 D. de D. R. 1, 8.

Sachen ihrer natürlichen Beſchaffenheit nach völlig unfähig ſind, im Eigenthume irgend eines Subjectes zu ſtehen.

§. 6 J. de R. D. 2, 1 endlich erklärt:

Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt, ut theatra stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatium.

v. Ihering [38]) will dieſer Aeußerung die Beweiskraft dadurch abſchneiden, daß er ihr den vollſtändigen Ausſpruch Marcians gegenüberſtellt, dem ſie entnommen iſt. Es iſt dies l. 6 §. 1 D. de D. R. 1, 8. Hier ſchließt ſich dem mitgetheilten Satze der folgende an:

ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, sed universitatis, et ideo tam contra civem quam pro eo posse servum civitatis torqueri divi fratres rescripserunt . ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti petere, si vocet in ius aliquem ex civibus.

Aus dieſem Nachſatze gehe zur Evidenz hervor, daß Marcian hier gar nicht von öffentlichen Sachen rede, ſondern von gewöhnlichem Staatseigenthume.

Mit Fug hat bereits Eiſele [39]) v. Iherings Ausführung als unrichtig zurückgewieſen. Es kann nämlich nicht wohl beſtritten werden, daß theatra und stadia nach römiſcher Auffaſſung res publicae in publico usu ſind. [40]) Ihre Zuſammenſtellung mit dem servus publicus, der ebenſo unzweifelhaft zum patrimonium civitatis gehört, rechtfertigt ſich dadurch, „daß bei beiden eine rechtliche Beziehung der Sache zu der universitas als Einheit im Gegenſatz zu den einzelnen in der universitas ſtehenden Individuen ſtattfindet. Daß dies ſo iſt, und daß ſonach unter die res

38) Erwiderung S. 9 f.
39) A. a. O. S. 7 f.
40) S. oben N. 19 S. 26.

universitatis dieſer Stelle ſowohl die res publicae in publico usu als die res publicae in patrimonio populi fallen, das beweiſt die nachdrückliche Hervorhebung des Gegenſatzes non singulorum (nach der Ihering'ſchen Auffaſſung müßte man erwarten: non publicae sc. in publico usu); das beweiſen ferner die Folgerungen, die der Juriſt ſogleich aus dem universitatis esse bezüglich des Sclaven zieht, bei welchen der Nachdruck überall nicht auf dem materiellen Rechtsverhältniſſe an ſich, ſondern darauf liegt, daß Subject nicht die Einzelnen, ſondern die universitas als Einheit iſt."

Ebenſowenig iſt es v. Ihering[41]) gelungen, die Beziehung des §. 6 cit. auf res publicae in publico usu zu widerlegen durch den Hinweis auf die Aufzählung der verſchiedenen rechtlich wichtigen Claſſen von res im pr. J. eod.[42]) Allerdings findet hier eine Fünftheilung ſtatt, indem zu den vier von Marcian in l. 2 pr. D. de D. R. 1, 8 aufgeſtellten Claſſen, nämlich communia omnium, universitatis, nullius, singulorum, als fünfte publica geſtellt ſind; allein die res universitatis Marcians umfaſſen die res publicae und die res universitatis des pr. J. 2, 1 cit.: die in §. 6 cit. eod. aufgeführten res universitatis ſind eben auch res publicae im Sinne des pr.[43])

Nichtsdeſtoweniger beweiſet auch §. 6 cit. nichts weiter, als eine beſtimmte vermögensrechtliche Beziehung der dort aufgeführten Sachen zur universitas, ſagt jedoch nichts über die beſondere Natur dieſer Beziehung, namentlich nicht, daß dieſelbe gerade in privatrechtlichem Eigenthume beſtehe.[44])

41) Erwiderung S. 10 f.
42) S. oben S. 21.
43) Vgl. oben Ziffer 1 zu N. 4 S. 21.
44) Eiſele a. a. O. S. 9.

5. Es wird alſo auf die ſachlichen Gründe ankommen, welche für oder gegen das privatrechtliche Eigenthum des Staates oder der Gemeinde an den res publicae in publico usu geltend gemacht werden können.

Betrachten wir zunächſt, was gegen dieſes Eigenthum vorgebracht worden iſt.

v. Keller nimmt das von ihm an Stelle des Eigenthums geſetzte Hoheits- oder Polizeirecht einfach als gegeben an.[45]) Um ſo ausführlicher iſt v. Ihering. „Wenn," ſagt er,[46]) „die römiſchen Juriſten dem Staate an den res publicae Eigenthum hätten zuſchreiben wollen, wie in aller Welt konnten ſie dieſe Sachen im Gegenſatz ſtellen zu denen, quae in patrimonio, pecunia, bonis populi habentur, d. h. in ſeinem Eigenthume ſtehen? Unter dieſer Vorausſetzung hätten die res publicae ja ebenfalls in der letztern Claſſe ihre Stelle finden müſſen." Allein in Wahrheit bezeichnen jene Ausdrücke gar nicht, wie etwa dominium oder proprietas, das Eigenthum, alſo die rechtliche Beziehung der Sachen zu ihrem Subjecte; ſie ſagen vielmehr nur, daß gewiſſe Sachen zum Vermögen des Staates gehören.[46a]) Da nun auch das von v. Keller, v. Ihering und Eiſele angenommene publiciſtiſche Recht des Staates an den res publicae in publico usu privatrechtliche Befugniſſe in ſich ſchließt,[46b]) inſofern alſo ebenfalls zum Vermögen des Staates gehört, ſo müſſen jene, die res in publico usu ausſchließenden, Ausdrücke von einer beſondern Art des Vermögens verſtanden werden, zu welchen dieſe Sachen im Gegenſatze

45) Rechtsgutachten S. 8. S. 12 f. Nachtrag Anh. II S. 64 ff. S. 82 f. S. 84 f. und ebenſo Pandekten §. 48.
46) Erwiderung S. 11. S. auch Eiſele a. a. O. S. 11 f.
46a) S. treffend Kappeler a. a. O. S. 39 f.
46b) S. oben Ziffer 3 zu N. 24 ff. S. 26.

stehen. In der That beziehen sie sich auf solche Vermögensstücke, mit welchen der Finanz-Haushalt des Staates rechnet, d. h. welche zur Erzielung von Erträgnissen oder zur Bestreitung von Ausgaben bestimmt sind; sie bezeichnen m. a. W. die wirthschaftliche Bedeutung dieser Sachen. Demnach darf ihr Gegensatz auch nur in einer wirthschaftlichen Beziehung als solcher gesucht werden, nicht in deren rechtlicher Grundlage: die Eigenthumsfrage wird dadurch gar nicht berührt. [47]) Damit wird selbstverständlich ganz und gar nicht bestritten, daß die Eigenschaft der res in publico usu einen erheblichen rechtlichen Unterschied zwischen solchen und den zum patrimonium fisci vel civitatis gehörigen Sachen begründe: werden wir doch alsbald [47a]) sehen, daß gerade wegen ihrer Zweckbestimmung die res in publico usu dem Rechtsverkehre entzogen sind. Und eben hierin liegt der selbstverständliche Anlaß, sie so vielfach mit dem res divini iuris und dem homo liber zusammenzustellen, [47b]) welche ebenfalls, obschon aus ganz anderen Gründen, dem Rechtsverkehre entzogen sind. Dar-

47) Vgl. Wappäus a. a. O. S. 91 f. Die Fassung des Textes dürfte dem Vorwurfe Eiseles a. a. O. S. 12 entgehen, daß sie eine bloße Behauptung ohne Beweis sei. Vgl. übrigens Eisele selbst S. 25: „Deutet nicht auch der Umstand, daß die den res publicae in publico usu entgegengesetzten, im privatrechtlichen Eigenthum des Staats stehenden Sachen als res in pecunia, in bonis, in patrimonio populi, aber niemals als res in dominio populi bezeichnet werden, darauf hin, daß auch die ersteren in einem gewissen, nemlich publicistischen Sinne in dominio populi sind?"

47a) Unten Ziffer 6.

47b) L. 83 §. 5. l. 137 §. 6 D. de V. O. 45, 1. §. 2 J. de inut. stip. 3, 19. l. 6 pr. l. 72 §. 1 D. de C. E. 18, 1. §. 5 J. de empt. 3, 23. §. 4 J. de legat. 2, 20. l. 9 D. de usurp. 41, 3. Eisele a. a. O. S. 12 N. 1.

aus jedoch die Ausschließung des privatrechtlichen Eigenthums an den res in publico usu herzuleiten, wie Eisele es thut, erscheint in keiner Weise gerechtfertigt.

„Warum," fragt v. Ihering weiter, „erwähnt keiner der römischen Juristen das nach Dernburgs Meinung zur Charakteristik der res publicae neben dem publicus usus so völlig wesentliche Moment des Staatseigenthums?" [48]) Allein wenmschon das Eigenschaftswort „publicus" keineswegs nothwendig das privatrechtliche Staats- oder Gemeindeeigenthum bezeichnet, so ist doch wohl unleugbar, daß es dies thun kann. Und wie, wenn nun die Römer geglaubt hätten, gerade diese Bedeutung ergebe sich überall da von selbst, wo diejenige rechtliche Thatsache, welche die Bezeichnung „publicus" in einem andern Sinne mit sich bringt, anderweit hervorgehoben ist? also namentlich in den Verbindungen „res publicae in publico usu habitae, publicis usibus destinatae, usibus populi perpetuo expositae? [49]) Hier wäre doch das „publicae" als Beiwort zu res eine unerträgliche, ja geradezu verwirrende, Tautologie, wenn es nichts Anderes sagen sollte, als was durch die beigesetzte Zweckbestimmung weit deutlicher gesagt worden war.

„Warum," fragt v. Ihering [50]) endlich, „umgeht Ulpian z. B. in l. 2 §. 2 ne quid in loco (43, 8): loca publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque gefliſſentlich

48) Dernburg Rechtsgutachten S. 9 unter 3 erfordert dies nur für „öffentliche Sachen des Staats," erkennt daneben aber unter 2 und S. 10 ff. auch Sachen im Gemeingebrauch an, die unbestritten im Privateigenthum Einzelner stehen. v. Ihering begreift solche Sachen unter dem Ausdrucke „res publicae" nicht mit. Erwiderung S. 12 ff.

49) S. oben Ziffer 2 N. 16—17a.

50) A. a. O. S. 11 f.

den Ausdruck Eigenthum und gebraucht dafür, wie er es meiner Theorie zufolge muß, den unbestimmten Ausdruck: iure civitatis?“ Darauf glaube ich erwidern zu dürfen: weil er in der That etwas ganz Anderes sagen wollte, als was er nach v. Iherings Ansicht sagen würde: iure civitatis heißt gar nicht „kraft des Rechtes, das der Gemeinde an den loca publica zusteht, sei dies nun privatrechtliches Eigenthum oder was sonst immer,“ — vielmehr „kraft des Bürgerrechtes des Einzelnen, der die loca publica benutzt.“ [51]) Von den loca publica der Stadt Rom, welche Ulpian doch gewiß in erster Reihe im Auge hatte, [52]) würde er sonst sicherlich sagen: „iure populi Romani.“

Immerhin jedoch bilden wohl auch nach v. Iherings eigner Ansicht diese seine sprachlichen Bemerkungen nur ein mehr oder minder unerhebliches Beiwerk; der Schwerpunct seiner Gründe gegen das privatrechtliche Eigenthum des Staats oder der Gemeinde an den res publicae in publico usu liegt einerseits in der Eigenschaft dieser Sachen als Sachen außer dem Verkehre (res extra commercium) und anderseits in deren Bestimmung für den Gemeingebrauch. [53])

„Unter dem „commercium“ verstanden die Römer“ nach v. Ihering „hier diejenige Form der Verwendung der Sache vonseiten des Menschen, welche den Zweck des Handels und Wandels bildet, d. h. die exclusive Aneignung und Beherrschung derselben, den Eigenthumsbegriff. Jene Sachen sind also dieser exclusiven Aneignung entzogen, alle Rechtsgeschäfte und Acte, die darauf zielen, sind nich-

51) S. oben Ziffer 4 S. 38 zu N. 28a.

52) Vgl. die den oben mitgeteilten Worten der l. 2 §. 2 cit. sich unmittelbar anschließenden: et tantum iuris (in iis *ins.* M.) habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet.

53) Der Streit u. s. w. S. 37 ff.

tig, und es ist nicht eine äußere, positive Vorschrift, sondern die innerste Natur und Bestimmung der Sachen, welche dies mit sich bringt — ihre äußere Erscheinung enthält einen Protest gegen die Idee der Exclusivität des Privateigenthums und weist sie dem Gemeingebrauch zu."

Allein der hier behauptete Inhalt der Extracommercialität ergiebt sich aus den Quellen jedenfalls nicht unmittelbar. Nirgends sagen diese, daß an solchen res publicae in publico usu, die ihrer natürlichen Beschaffenheit nach überhaupt als Gegenstand des privatrechtlichen Eigenthums gedacht werden können, dieses Recht ausgeschlossen sei. Was in der That laut des Zeugnisses der Quellen als Inhalt der Extracommercialität anzusehen ist, werden wir an einer spätern Stelle darlegen. [54])

Hier kann es sich nur noch darum handeln, ob der an diesen Sachen rechtlich begründete öffentliche Gebrauch das privatrechtliche Eigenthum an ihnen ausschließe. Zwecks dieser Untersuchung sind wir genöthigt, die Ausführung v. Iherings [55]) ihrem ganzen Inhalte nach mitzutheilen.

Wenn das Eigenthumsobject, sagt der genannte Gelehrte, seine Bestimmung in dem Dienste erfülle, den es ausschließlich dieser bestimmten einzelnen Person oder diesen bestimmten mehreren Personen (Miteigenthümer) erweise, so finden die res publicae die ihrige in dem Nutzen, den sie, kurz ausgedrückt, dem Publicum leisten. Dieses Publicum könne ein engeres oder ein weiteres sein, das einer Stadt oder des Staates; allein in beiden Fällen sei die Zahl der Destinatäre der Sachen, d. h. der Subjecte, für welche sie bestimmt sind, niemals, wie beim Miteigenthume, eine festbegrenzte, sondern eine völlig unbestimmte, stets wechselnde, offene. Gerade auf dieser Be-

54) S. unten Ziffer 6.
55) Der Streit S. 38 ff.

ſtimmung der Sachen für eine unbeſtimmte Vielheit von Perſonen beruhe der juriſtiſche Charakter dieſer Sachen, und dieſelbe Stellung, die der Eigenthümer dem Eigenthumsobjecte gegenüber einnehme, behaupten jene Subjecte den öffentlichen Sachen gegenüber. Ihr Verhältniß zu den Sachen ſei nicht minder als das Eigenthum ein Recht im ſubjectiven Sinne; es laſſe ſich als öffentliches Nutzungsrecht oder Recht des Gemeingebrauchs bezeichnen. Die bei ihm vorhandene Abweichung von der Form der Excluſivität des Rechtes, welche für alle Rechte des „commercium“ die maßgebende ſei, berechtige nicht, ihm die Eigenſchaft eines Rechts abzuſprechen; man habe vielmehr zwei Sphären menſchlicher Berechtigung, zwei Formen der rechtlichen Unterwerfung der Sachen unter die Zwecke der Menſchen zu unterſcheiden: die des excluſiven und die des allgemeinen Gebrauchs, die des Privateigenthums und die des Gemeingebrauchs.

Den beſten Beweis dafür, daß die Römer ſich dieſer Idee eines Rechts des Gemeingebrauchs ſehr wohl bewußt geweſen ſeien, liefern die actiones populares und die ſonſt zum Schutze desſelben beſtimmten Klagen. Wie der Eigenthümer durch die rei vindicatio ſein Recht, ſo habe jeder aus dem Kreiſe, für den die res publicae beſtimmt ſeien, mittels der actio popularis das ſeinige geltend gemacht. Als Belege für dieſe Behauptung werden angeführt l. 42 pr. D. de proc. 3, 3: — quasi privatae actionis, daneben l. 3 §§. 9 und 12 D. de sepulc. 47, 12 und vor allem l. 2 §. 2 D. ne quid in loco 43, 8: — et tantum iuris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet, ſowie arg. l. 6 D. de pop. act. 47, 23: — cum ad eos res pertineat. [56]) Ob man ſagen wolle, der Einzelne klage als

56) Verwieſen wird weiter auf Iherings Geiſt des römiſchen Rechts I 1. Aufl. S. 187.

Vertreter des gesammten Kreises (l. 1 D. de pop. act. 47, 23) oder vermöge eignen Rechtes, sei vollkommen gleichgültig: in der Klage spreche sich ein subjectives Recht aus.

Gehe nun in dem gemeinschaftlichen Gebrauche die thatsächliche Bestimmung der öffentlichen Sachen auf, und finde letztere in dem Begriffe eines allen Einzelnen zustehenden Rechts des Gemeingebrauchs (usus publicus) ihren juristischen Ausdruck, so sei es von vornherein schwer begreiflich, was neben und außer diesem Rechte noch ein besonderes Recht des Staates an ihnen solle. Eine jenes Recht beschränkende oder gefährdende Richtung werde man demselben nicht einräumen wollen, es bleibe also nur ein Doppeltes übrig: entweder dieses Recht des Staates diene blos dazu, das Recht des Gemeingebrauches juristisch zu stützen, verfolge aber durchaus keinen selbständigen Zweck, und der Staat (als juristische Person gedacht) habe durchaus keinen Nutzen davon, sondern habe es nur, um auch seinerseits dafür sorgen zu können, daß die Sache ihre Bestimmung erfülle; — oder dem Staate solle durch dieses Recht in rechtlicher Form derjenige Ertrag der Sachen zugewandt werden, der von ihnen nach gemachtem öffentlichen Gebrauche noch übrig bleibe.

In der erstern Richtung sei die Aufstellung eines eignen Rechts des Staates zu diesem Zwecke vollkommen überflüssig, — dasselbe würde der Staatsbehörde nichts Anderes einräumen, als was an sich schon aus ihrer Stellung zum Gemeinwesen folge: die Stellung und die Macht einer Vertreterin der Interessen der Gesammtheit. Eines solchen Rechtes bedürfe es ja auch nicht für den Vormund rücksichtlich der Sachen des Mündels; ebensowenig für den Staat rücksichtlich der Oberaufsicht, die er z. B. über Stiftungen führe, obwohl es sich bei letzteren wie bei jenem Oberaufsichtsrechte über die res publicae um die Interessen

unbestimmter Personen handele. Ein solches Recht des Staates an den res publicae würde also nichts sein, als ein andrer Ausdruck für das Recht des Gemeingebrauchs, als letzteres in seiner Beziehung zur Staatsbehörde, — „die Rückseite des Gemeingebrauchs," wie es an einer andern Stelle [57]) heißt.

In der zweiten Richtung würde dies Recht allerdings einen selbständigen Inhalt gewinnen; allein derselbe würde gegenüber dem Gemeingebrauche, der die reale Nutzbarkeit der Sachen regelmäßig so gut wie erschöpfe, nahezu verschwinden. Die römische Jurisprudenz habe es deshalb nicht für nöthig gefunden, den Staat in der Theorie mit einem so kümmerlichen Rechte zu beschenken. Immerhin möge man heute die Anerkennung eines solchen Rechtes verstatten; der Eigenthumsbegriff aber lasse sich dazu nimmer verwenden. Denn

1) schließe ja das römische Recht, indem es diese Sachen als extra commercium bezeichne, den Eigenthumsbegriff vollständig von ihnen aus; das heiße aber nicht blos: es könne auf dem Wege der Usucapion kein Eigenthum für Privatpersonen daran entstehen, sondern es sei überhaupt kein Eigenthum an ihnen möglich, weder zugunsten der Personen, für die sie bestimmt sind, noch für den Staat. Die mit dem Begriffe res extra commercium gesetzte Negation des Eigenthums kehre sich keineswegs blos gegen die Möglichkeit einer Begründung desselben für die Einzelnen; die Ausschließung dieser Möglichkeit sei vielmehr nur eine Folge davon, daß der Eigenthumsbegriff als die Form der exclusiven Beherrschung der Sachen mit der Eigenschaft derselben als Gegenstände des Gemeingebrauchs unverträglich sei, — unverträglich nicht minder gegenüber dem Staate, als gegenüber dem Einzelnen.

57) Der Streit S. 43.

2) Durch ein solches Staatseigenthum würde das wirkliche Verhältniß der Berechtigung entstellt und geradezu umgekehrt werden. Innerhalb seiner natürlichen Anwendungssphäre stelle der Eigenthumsbegriff dasjenige Rechtsverhältniß an der Sache dar, welches dieselbe in ihrer realen Brauchbarkeit und Bestimmung vollständig ergreift und erschöpft, und dem gegenüber die s. g. dinglichen Rechte an fremder Sache sich nur als spätere, zufällige Abänderungen des normalen, ursprünglichen Verhältnisses darstellen. Während nun bei den öffentlichen Sachen die reale Brauchbarkeit derselben in dem Gemeingebrauche so gut wie aufgehe, in ihm die eigentliche Bestimmung dieser Sachen liege, würde die Uebertragung des Eigenthumsbegriffes auf den Staat aus dieser Seite des Verhältnisses das Secundäre, Zufällige, Gleichgültige, dagegen aus jenem höchst dürftigen Rechte das Principale, Wesentliche, Entscheidende machen, — m. a. W. den wirklichen Sachverhalt völlig umkehren.

3) Jenes angebliche Eigenthum biete ein bis zur Unkenntlichkeit entstelltes Bild des Eigenthumsbegriffes dar, ein Eigenthum nämlich, das von vornherein nicht sowohl dem Eigenthümer, als einem Andern zu dienen bestimmt sei, das zwar mitunter einen unbedeutenden Nebenertrag für ihn abzuwerfen vermöge, in der Regel aber auch selbst diesen nicht einmal. Für den regelmäßigen Fall ergebe sich also ein Eigenthum, von dem der Nießbrauch von Anfang an und für immer getrennt sei; das aber sei ein Eigenthum, welches sich selbst negire. (L. 56 D. de usufr. 7, 1: — proprietas inutilis esset futura semper abscedente usufructu.) Man dürfe hiergegen auch nicht einwenden, der Staat übe sein Recht mittelbar durch seine Bürger aus; denn wenn man nicht mit den Begriffen blos spielen wolle, so könne man unmöglich, nachdem man es einmal für nöthig gefunden habe, neben dem Gemeingebrauche noch ein Eigenthum, neben den Einzelnen als

Subjecten jenes Rechtes auch den Staat als Subject dieſes Rechtes aufzuſtellen, die beiden Rechtsbegriffe und die Subjecte durch einander werfen. Der Staat als juriſtiſche Perſon ſei ein von den Einzelnen völlig verſchiedenes Subject, und wenn jene einmal vermöge eigenen Rechtes ſich der öffentlichen Sachen bedienen, ſo könne man daraus nicht zugleich ein Recht des Staates machen, und wäre es auch nur zu dem Zwecke, um dem hohlen, leeren Eigenthume, womit man ihn beſchenke, einen Inhalt zu geben. [57a])

Soweit v. Ihering. Der Grundfehler ſeiner unzweifelhaft geiſtreichen Ausführung liegt darin, daß er die Benutzungsbefugniß, welche dem Einzelnen an einer res publica in publico usu zuſteht, für ein eignes Recht des Einzelnen hält. Die Auffaſſung der Römer iſt die gerade entgegengeſetzte:

> loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque. [58])

Der Einzelne hat hiernach jene Benutzungsbefugniß nur vermöge ſeines Bürgerrechtes, d. h. kraft eines durch ſein Bürgerrecht ihm zugute kommenden Rechtes des Staates oder der Gemeinde. In der That iſt den Römern die Vorſtellung ganz fremd, daß der einzelne Bürger, welcher zum Schutze des Gemeingebrauchs eine Popularklage anſtelle, damit ſein eignes Recht geltend mache; gerade umgekehrt ſagen ſie: [59])

> Eam popularem actionem dicimus, quae (suum *del.*) [60]) ius populi tuetur.

57a) Vgl. auch Erwiderung S. 12—14.

58) L. 2 §. 2 D. ne quid in loco publ. 43, 8. S. oben Ziffer 4 S. 38 und Ziffer 5 S. 45.

59) L. 1 D. de pop. act. 47, 23 (Paul. lib. 8. ad ed.).

60) Die Baſiliken LX, 32, 5 leſen: ἡ φυλάττουσα τὸ τοῦ

Es ist ein verhängnißvolles Mißverständniß gewesen, vermöge dessen v. Ihering aus den von ihm beigebrachten Quellenausſprüchen das Gegentheil herausgeleſen hat. Das iſt freilich bereits in Bd. 2 dieſer Serie des vorliegenden Commentars [61]) gezeigt worden; allein der Zuſammenhang nöthigt uns, jene Darlegung hier zu wiederholen.

L. 42 pr. D. de proc. 3, 3 [62]) ſetzt dem Falle des Populariterdictes Quo minus illi via publica ire agere liceat, vim fieri veto, [63]) in welchem der Kläger ein perſönliches Intereſſe an der ungehinderten Benutzung eines öffentlichen Weges nicht hat, vielmehr, wie wir nach l. 1 cit. D. de pop. act. 47, 23 ſagen können, lediglich ius populi tuetur, den beſondern Fall entgegen, in welchem er durch die Behinderung an jener Benutzung perſönlich geſchädigt wird. Während dort, gemäß der für Popularklagen geltenden Regel, Erwirkung des Interdicts durch einen Stellvertreter ausgeſchloſſen iſt, findet dieſelbe hier ſtatt „quasi privatae actionis,“ d. h. weil hier das Interdict

δήμου δίκειον. Maſchke Zeitſchrift der Savigny-Stiftung Bd. 6 roman. Abth. S. 234 N. 1. Mommſen ſchlägt vor ſtatt suum zu leſen sua vi. — Vgl. auch Schol. 30 ad Basil. LX, 4, 5 §. 5 ad v.: οὐχ ἁρμόζει δέ τινι δικαίῳ κληρονομίας] ἀλλὰ δικαίῳ δημοτικῷ von der Popularklage wegen Tödtung eines freien Menſchen.

61) S. 323 f. N. 66c.

62) Paul. lib. 9. ad ed.: Licet in popularibus actionibus procurator (urſprünglich cognitor Lenel paling. vol. I col. 977 nr. 167 n. 8) dari non possit, tamen dictum est merito eum qui de via publica agit et privato damno ex prohibitione adficitur, quasi privatae actionis dare posse procuratorem (cognitorem Lenel a. a. O. n. 9). multo magis dabit ad sepulchri violati actionem is, ad quem ea res pertinet.

63) Vgl. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars S. 27 N. 63.

eben nicht mehr blos populare Natur hat. Besonders deutlich wird dies durch den Hinweis auf die actio sepulchri violati: diese ist für denjenigen, ad quem ea res pertinet, gar nicht als actio popularis auf 100000 Sesterze (100 aurei) proponirt, sondern als actio privata auf quantum ob eam rem aequum videbitur; [64]) und die Erwirkung der so beschaffenen Klage durch einen Stellvertreter erscheint daher als ganz selbstverständlich.

Eben von dieser actio privata sepulchri violati spricht l. 3 §. 9 D. de sep. viol. 47, 12. [65]) Sie entscheidet den Fall, in welchem mehrere persönlich Interessirte die Klage nachsuchen, dahin, daß sie einem jeden von ihnen für sich die Klage zuspricht, quia in id, quod cuiuscunque interest, agitur, während bekanntlich eine actio popularis für alle Uebrigen ausgeschlossen wird, sobald irgend ein Bürger die Litiscontestation aus ihr vorgenommen hat. [66]) Wenn l. 3 §. 12 eod. sagt: Haec actio popularis est, — so bezieht sich das selbstverständlich auf den entgegengesetzten Fall, nämlich auf denjenigen, in welchem niemand auftritt, ad quem ea res pertinet.

L. 2 §. 2 D. ne quid in loco publ. 43, 8, [67]) auf

64) L. 3 pr. D. de sepulchro viol. 47, 12. Lenel ed. perp. S. 181.

65) Ulp. lib. 25. ad ed.: Si ad plures ius sepulchri pertineat, utrum omnibus damus actionem, an ei, qui occupavit? Labeo omnibus dandum dicit recte, quia in id, quod cuiuscunque interest, agitur.

66) L. 3 pr. D. de pop. act. 47, 23. Vgl. l. 3 §. 13 D. de hom. lib. exh. 43, 29 und dazu Thl. 2 dieser Serie des Commentars S. 79 ff.

67) Ulp. lib. 68. ad ed.: Hoc interdictum (Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est. l. 2 cit. pr.) prohibitorium est et tam publicis

welche v. Ihering beſonderes Gewicht legt, [67a]) handelt gar nicht von einer Popularklage, ſondern von dem interdictum privatum Ne quid in loco publico cum alterius damno fiat. [68]) Obendrein ſpricht ſie ausdrücklich dem Bürger die Benutzung an den loca publica als an quasi propria cuiusque ab, giebt ihm dieſelbe vielmehr nur iure civitatis. Wie ſollte nun Ulpian in dem nämlichen Athem dazu kommen, eben jene Benutzung auf ein Privatrecht des Einzelnen zurückzuführen? In Wahrheit ſagt er vielmehr: weil dem einzelnen Bürger die Benutzung an loca publica nicht als an quasi propria cuiusque zukomme, d. h. nicht kraft eines ihm unmittelbar daran zuſtändigen Rechtes, ſondern nur iure civitatis, d. h. kraft ſeines Bürgerrechtes, ſo habe der eine genau ſo viel Recht zur Fortſetzung der bisherigen Benutzung, als jeder andere darauf, ihn an derſelben zu behindern, und eben deshalb ſei derjenige, der in publico eine Anlage machen wolle, welche den andern ſchädigen würde, dem prohibitoriſchen Interdicte des letztern ausgeſetzt.

L. 6 D. de pop. act. 47, 23 [69]) endlich ſagt, Frauen

utilitatibus quam privatorum per hoc prospicitur. loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque, et tantum (in iis *ins.* M.) iuris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet. propter quod si quod forte opus in publico fiat, quod ad privati damnum redundet, prohibitorio interdicto potest conveniri, propter quam rem (prohibitorio... rem *del.* M.) hoc interdictum propositum est.

67a) Auch Eiſele a. a. O. S. 30. Vgl. auch S. 29 hinſichtlich der l. 6 eod.

68) S. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars S. 54 f. zu N. 37 ff. Vgl. l. 6 D. eod. 43, 8.

69) Ulp. lib. 26. ad ed.: Mulieri et pupillo populares actiones non dantur, nisi cum ad eos res pertineat.

und Unmündigen werden Popularklagen nur dann gewährt, wenn sie ein persönliches Interesse an dem die Klage veranlassenden Thatbestande haben. Daraus ergiebt sich durch ein unabweisbares argumentum a contrario, daß an und für sich eine Popularklage ein persönliches Interesse des Klägers nicht voraussetzt, geschweige denn ein eignes Recht desselben.

Nach allem dem ist es so wenig gleichgültig, ob man sagt: der Einzelne stelle eine Popularklage wegen der res in publico usu an als Vertreter des gesammten Kreises, d. h. der Volks- oder Gemeindegenossen, genauer: des Staates oder der Gemeinde, — oder: er stelle sie an vermöge eignen Rechtes, daß das Letztere vielmehr durchaus falsch sein würde: ein Recht an den res publicae in publico usu steht nach römischem Rechte [69a]) nur dem Staate oder der Gemeinde, nicht dem Einzelnen zu, der sie benutzen darf.

Diese Benutzungsbefugniß der Einzelnen stellt sich dar als Wirkung der Zweckbestimmung, welche das an den res publicae allein berechtigte Subject, nämlich Staat oder Gemeinde, denselben ertheilt hat; das Recht des Staates oder der Gemeinde ist keineswegs die bloße „Rückseite" des Gemeingebrauches, vielmehr dessen unerläßliche Voraussetzung. Der Vergleich zwischen dem Verhältnisse dieses Rechtes zum Gemeingebrauche mit dem Verhältnisse der vormundschaftlichen Vermögensverwaltung zum Mündelgute ist also so fehl gegriffen, wir nur möglich: beim letztern handelt es sich um die Verwaltnng des Mündelvermögens im Intresse des Mündels, ohne jegliches eigene Vermögensinteresse des Vormundes; bei jenem gerade umgekehrt darum, den Staats- oder Gemeindeangehörigen die Benutzung gewisser Stücke des Staats- oder Gemeindevermögens zu sichern, welche

69a) Ueber das heutige Recht s. unten Ziffer 10 zu N. 77b.

dieſen zwecks Erreichung der dem Staate oder der Gemeinde geſtellten Aufgaben eingeräumt worden iſt.

Es kann nur das noch fraglich bleiben, ob das Recht des Staates oder der Gemeinde an den dem Gemeingebrauche überlaſſenen Sachen ſich noch dem Begriffe des privatrechtlichen Eigenthums unterordne.

Seinen erſten Einwand gegen dieſe Unterordnung entnimmt v. Ihering der Bezeichnung jener Sachen als res extra commercium. Wie wir geſehen haben,[69b]) iſt er jedoch den Beweis ſchuldig geblieben, daß an res extra commercium als ſolchen jedes Eigenthum ausgeſchloſſen iſt.

Die beiden anderen Gründe aber wider die fragliche Unterordnung ſind einer Betrachtung des Eigenthums entſprungen, welche deſſen Bedeutung nicht gerecht wird, weil ſie von dem einſeitigen Standpuncte des Einzelnen aus angeſtellt worden iſt.[69c])

Wenn es richtig iſt, daß von allen Vermögensrechten das Eigenthum deshalb am vollkommenſten den irdiſchen Zwecken des Menſchen dient, weil es eben die vollkommenſte Herrſchaft über die ſachlichen Güter iſt, ſo entſpricht dem Weſen des Eigenthums diejenige Verwendung der Sache am beſten, welche dem im Einzelfalle erſtrebten Zwecke am beſten angemeſſen iſt. Es ſteht deshalb in vollem Einklange mit dem Begriffe des Eigenthums, wenn der Eigenthümer ſich desſelben entäußert, indem er ſeine Sache verzehrt, verbraucht, gegen andere wirthſchaftliche Güter umſetzt. Liegt

69b) S. oben Ziffer 5 S. 47.

69c) Vgl. auch Eiſele a. a. O. S. 31, der nur darin irrt, daß er die res publicae in publico usu wegen ihrer Beſtimmung für den öffentlichen, gemeinnützigen Gebrauch nicht als Gegenſtände des privatrechtlichen Eigenthums anſieht, ſondern ein „publiciſtiſches Eigenthum“ an ihnen behauptet. S. unten Ziffer 9 zu N. 50 ff.

doch die Bedeutung des Eigenthums an res, quae usu consumuntur, ausschließlich in der Berechtigung zu solcher Verwerthung. Andere Sachen dienen dem Eigenthümer wesentlich durch ihre Erträgnisse. Zu den Erträgnissen ist auch der Entgelt zu rechnen, welchen der Eigenthümer dafür erhält, daß er die Benutzung der Sachen ausschließlich des Bezuges von Aufkünften, m. a. W. das bloße uti salva rerum substantia, Dritten überläßt. Eine letzte Classe von Sachen endlich hat für den Eigenthümer dadurch wirthschaftliche Bedeutung, daß er selbst sie ohne Erträgnisse von ihnen zu ziehen unbeschadet ihres Bestandes benutzt. Nicht dagegen gehört es zu den wirthschaftlichen Zwecken der Einzelwirthschaft, den Genuß der eignen Sachen Dritten unentgeltlich zu gewähren. Natürlich hat der Einzelne als Eigenthümer das Recht auch zu solcher Verwendung seiner Sache; allein, sofern nicht etwa die dem Dritten damit eingeräumte Gebrauchsbefugniß in die Form eines dinglichen Rechtes an der Sache gekleidet wird, erhält die Sache infolge davon keinerlei rechtliche Bestimmtheit: dazu ist ein Bedürfniß nicht vorhanden. Vielmehr ist es vom Standpuncte der Einzelwirthschaft völlig richtig, daß das Eigenthum nutzlos werden würde, wenn die gesammte Nutzbarkeit der Sache, d. h. alles, was unter den Begriff des uti frui licere fällt, für immer dem Eigenthümer entzogen wäre. Dies ist es, was l. 56 D. de usufr. 7, 1 cit. hervorhebt. [70])

70) Freilich ist damit nur eine legislatorische Begründung für das aus der römischen Rechtssprechung hervorgegangene Gewohnheitsrecht ausgesprochen, wonach der Nießbrauch juristischer Personen auf 100 Jahre beschränkt ist, keineswegs ein selbständiger Rechtssatz aufgestellt, welcher einem ertrags- und nutzlosen Eigenthume die rechtliche Anerkennung entzöge. Allein die Werthlosigkeit eines solchen Eigenthums leuchtet so unmittelbar ein,

Wesentlich verschieden aber ist die wirthschaftliche Stellung eines Gemeinwesens, wie des Staates, einer Gemeinde. Allerdings bedarf auch ein Gemeinwesen zur Erfüllung seiner Aufgaben vielfach, und je entwickelter es ist, um so mehr, einer ganzen Menge von Consumptibilien, insbesondere des Geldes; und zu deren Gewinnung wird es auch des werbenden Vermögens kaum entrathen können, sofern es nicht seinen ganzen Bedarf unmittelbar den Taschen seiner Angehörigen zu entnehmen vermag. Die unter diese beiden Classen fallenden Sachen eines Gemeinwesens bilden, wie wir gesehen haben, dessen patrimonium oder bona. [71]) Sie stehen, wie ebenfalls schon bemerkt, [72]) auch rechtlich den gleichartigen Sachen eines Einzelvermögens gleich. Dagegen kann die dritte Möglichkeit der Verwerthung des Eigenthums, das uti salva rei substantia, für ein Gemeinwesen

daß gewiß nicht leicht jemand z. B. die Superficies an einem ganzen Gebäude bestellen wird, wenn er dafür nicht eine dauernde Gegenleistung erhält. (Als solche ist freilich nicht blos ein Bodenzins anzusehen. So hat z. B., wenn ich recht berichtet bin, die Stadt Göttingen gelegentlich umfangreiche Grundstücke zu Superficiarrecht hingegeben gegen die Verpflichtung des Superficiars, auf denselben eine öffentliche Wirthschaft zu erhalten.) Anders ist es mit der Superficies an einem einzelnen Gebäudetheile, z. B. einem Keller oder einem Stockwerke. Wird dieser Gebäudetheil auf Kosten der Superficiars erbaut oder wiederhergestellt, so liegt darin m. E. ebenfalls eine dauernde Leistung an den Eigenthümer des ganzen Gebäudes; aber unbestreitbar kann es dem Letztern auch vortheilhaft sein, den bereits vorhandenen Gebäudetheil gegen eine einmalige Gegenleistung zur Superficies einem Dritten zu überlassen. — Vgl. Wappäus a. a. O. S. 94.

71) S. oben Ziffer 2 zu Anfang S. 24 f.

72) S. oben Ziffer 3 zu Anfang S. 28.

nicht in der nämlichen Weise stattfinden, wie für den Einzelnen. Die nur in der Abstraction bestehende Person des Gemeinwesens „geht nicht," [73]) sitzt nicht zu Rathe, hält kein Gericht. Aber die bürgerliche Gemeinde, und vollends der Staat würden die ihnen gesetzten Aufgaben ungeachtet des reichsten patrimonium zu erfüllen außerstande sein, wenn sie nicht die unentgeltliche Benutzung der ihnen gehörigen Sachen ihren Angehörigen, ihren Beamten in großem Umfange gestatteten. Unbedingt bedarf es der Zukömmlichkeiten zwischen den Behausungen der Gemeindemitglieder, zwischen den einzelnen Ortschaften des Staates, — und zwar solcher Zukömmlichkeiten, deren Benutzung nicht durch die Willkür eines Gemeinde- oder Staatsgenossen gehindert werden kann. In größeren Orten erwächst das Bedürfniß nach Plätzen für die Versammlung der Bürger zu friedlicher und zu kriegerischer Gemeinthätigkeit, für den Marktverkehr, für gemeinsame Feste. Der Schutz gegen äußere Feinde erheischt Befestigungen; die Sorge für das allen unentbehrliche Wasser nöthigt zur Anlegung öffentlicher Brunnen und Wasserleitungen; verheerende Seuchen veranlassen den Bau großartiger Cloaken. Mit zunehmendem Wohlstande entstehen Rathhäuser, Hallen für die Sitzungen der Gerichte; dann öffentliche Rennbahnen, Theater, Bibliotheken, Sammlungen von Kunstwerken u. s. w. Das Gemeinwesen verwerthet zu diesen und ähnlichen Zwecken sein Eigenthum, welches es vermöge seiner Mittel in den dazu geeigneten Stand setzt und in demselben erhält. Und darin sollte ein Aufgeben dieses Eigenthums liegen? Erträgnisse freilich liefert eine Sache im öffentlichen Gebrauche entweder gar nicht oder doch nur in einem Betrage, der gegenüber ihrem Capitalwerthe nahezu verschwindet; völlig irrig aber ist es,

73) Ihering Erwiderung S. 14. Vgl. unten Ziffer 7 zu N. 94a.

zu meinen, sie habe darum für das Gemeinwesen keine „reale Nutzbarkeit“ —: das Gemeinwesen nutzt sie gerade dadurch, daß es sie dem öffentlichen Gebrauche überläßt, denn der thatsächliche Erfolg dieses Gebrauches, eben die dem einzelnen Bürger, die dem Beamten in der unentgeltlichen Benutzung der res publica gewährte Leistung gehört zu den wirthschaftlichen Bedürfnissen des Gemeinwesens.

Es wäre eine leere Spitzfindigkeit, hierwider einzuwerfen, daß der öffentliche Gebrauch doch vielfach auch solchen Personen zugute komme, welche dem ihn darbietenden Gemeinwesen nicht angehören, während es doch nicht füglich als Aufgabe dieses Gemeinwesens gelten könne, ihn auch jenen zu bereiten. Denn diese unleugbare Thatsache ist nichts, als eine unvermeidliche Reflexwirkung der den Angehörigen eingeräumten Gebrauchsbefugniß:[73a]) wollte man jene peinlich vom öffentlichen Gebrauche ausschließen, so würde derselbe gerade infolge der deswegen nöthigen Aufsichtsmaßnahmen auch diesen selbst in unbequemer Weise erschwert, ja thatsächlich vielfach geradezu versperrt sein. Ganz zu schweigen davon, daß die ungehinderte Theilnahme jener Personen am Genusse des, zunächst allerdings für die Angehörigen des Gemeinwesens bestimmten, Gebrauches diesen oft wenigstens mittelbar nützt, nämlich manchen durch Steigerung des Fremdenverkehres und allen durch die mit Rücksicht hierauf getroffene Verbesserung der Einrichtungen für den öffentlichen Gebrauch. Wo sich übrigens eine Zurückweisung Fremder ohne Nachtheil für den bezweckten öffentlichen Gebrauch erreichen läßt, vollends, wo sie aus finanziellem Grunde geboten ist, z. B. bei Armen-, Waisen-, Siechen-, Krankenhäusern eines Gemeinwesens, da tritt sie in der That auch ein. Und auch soweit Andere,

73a) v. Ihering Geist des römischen Rechts Thl. 3 §. 61 vor N. 480 1. Aufl. S. 337.

als die Angehörigen des Gemeinwesens, zum Genusse seiner dem öffentlichen Gebrauche gewidmeten Sachen zugelassen werden, da beweiset doch ihre Ausschließung von den, zum Schutze dieses Gebrauchs aufgestellten, Popularinterdicten sattsam, daß sie eben keinerlei Rechtsanspruch auf die Theilnahme an ihm haben.

Daß in der That das Gemeinwesen nur einer ihm obliegenden wirthschaftlichen Aufgabe nachkommt, indem es gewisse Sachen dem öffentlichen Dienste widmet, tritt greifbar deutlich in solchen Fällen heraus, in denen dasselbe die nämliche Leistung, welche anderswo mittels einer res in publico usu erbracht wird, auf Kosten der Gemeinde von dritter Seite bezieht, z. B. wenn die Stadt ihren Gasbedarf von der Gasanstalt einer Privatgesellschaft entnimmt, ihre Kranken in fremden Krankenhäusern unterbringt, ihre Geschäftsräume miethet u. s. w. v. Iherings Hinweis auf die Bedeutungslosigkeit des Eigenthums gegenüber einem immerwährenden Nießbrauche trifft also bei den öffentlichen Grundstücken in publico usu nicht einmal sachlich zu; noch weit mehr aber geht er rein formell betrachtet fehl.

Dem Nießbraucher gegenüber darf der Eigenthümer weder thatsächlich noch rechtlich über seine Sache in irgend einer Weise verfügen, welche den Nießbrauch beeinträchtigt. Dagegen wird auch v. Ihering nicht bestreiten, daß Staat oder Gemeinde jederzeit über ihre dem usus publicus gewidmeten Wege, Plätze, Gebäude aller Art so zu verfügen berechtigt sind, daß der bisher daran gewährte usus publicus mehr oder minder geschmälert, ja gänzlich aufgehoben wird. Oft ist es geradezu die Pflicht einer guten Verwaltung, so zu verfügen. Mit Genugthuung sehen wir in unsern Städten Straßen, deren Breite das gestattet, mit Baumreihen bepflanzen, kahle Plätze in freundliche Anlagen umwandeln; wir verlangen die Einziehung alter Feldwege, welche neue Straßenquartiere zwecklos durchschneiden, die

Abtragung unnütz gewordener Festungswerke, welche den Verkehr beengen, den von ihnen eingeschlossenen Häusern Luft und Licht nehmen; es erscheint uns selbstverständlich, daß unzureichende Dienstgebäude durch andere ersetzt werden, welche den Anforderungen der Gegenwart genügen. Und die Möglichkeit zu solcher Verfügung sollte ein inhaltsloses Recht sein, „ein Eigenthum, welches sich selbst negirt"?

6. In diesem Zusammenhange nun begreift sich die Extracommercialität der res publicae in publico usu.

Wenn der Einzelne sein Eigenthum, ohne dasselbe dinglich zu belasten, der Benutzung Dritter, sei es entgeltlich, sei es unentgeltlich, überläßt, so erhält es dadurch keinerlei rechtliche Bestimmtheit, bleibt vielmehr völlig frei dem Rechtsverkehre unterworfen. Das gilt auch dann, wenn er sein Eigenthum dem Gemeingebrauche übergiebt, ohne daß ein Rechtsact des betheiligten Gemeinwesens diese Widmung zu einer rechtlich bindenden macht. Die wirthschaftlichen Zwecke nämlich, welche der Einzelne mit seinem Eigenthume verfolgt, sind nur vorübergehende: ihre weiteste Begrenzung finden sie in seiner Lebensdauer. Die Rechtsordnung hat demnach keinen Anlaß, sie durch besondere Veranstaltung zu sichern.

Anders steht es mit der Zweckbestimmung der res publicae in publico usu. Die Bedürfnisse eines Gemeinwesens, welche mittels derartiger Sachen befriedigt werden sollen, sind andauernde, ihrem Wesen nach für ganze Reihen von Geschlechtern gleichbleibende. Dem entspricht auch, von vereinzelten, als solchen genügend gekennzeichneten, Ausnahmsfällen, wie Nothbrücken, provisorischen Diensträumen und dergl., abgesehen, die Dauer der jenen Sachen gegebenen Bestimmung. Daß insbesondere die Anlegung öffentlicher Straßen und Plätze nicht füglich auf wenige Jahre geschieht, versteht sich ganz von selbst: würde doch ihre Ver-

legung die Werthe der anliegenden Grundstücke auf das Empfindlichste berühren, ja vielfach nahezu vernichten.

Wird also eine dem Gemeinwesen gehörige Sache dem usus publicus gewidmet, so soll sie gemäß dieser Widmung widersprechenden Zwecken dauernd entzogen sein. Wie ungehörig folglich, wenn trotz Kenntniß der Sachlage Private Geschäfte vornehmen, welche darauf abzielen, die Sache solchen widersprechenden Zwecken zu unterwerfen, m. a. W. den usus publicus an ihr ganz oder theilweis, bleibend oder vorübergehend zu beseitigen! Müssen die Handelnden sich sagen, daß die unmittelbare Absicht ihres Geschäftes sich nicht verwirklichen lasse, so ermangelt dasselbe offenbar eines verständigen Zweckes; geradezu contra bonos mores aber verstößt es, wenn sie von der Hoffnung geleitet werden, die Verwaltung des Gemeinwesens, soweit die Erfüllung des Geschäftes dies erheischt, zur Aufhebung des usus publicus zu bewegen, obgleich diese Aufhebung das Gemeinwohl schädigen würde. Es leuchtet ein, daß so wenig in dem einen, wie im andern Falle das Geschäft den Schutz der Rechtsordnung verdient. Und so hat denn ein, höchst wahrscheinlich von der Jurisprudenz ausgebildeter, Satz des römischen Gewohnheitsrechtes dergleichen Geschäfte für nichtig erklärt, indem er die dem usus publicus gewidmeten Sachen dem Rechtsverkehre entzog. [74])

74) Die Nichtigkeit einer unbefristeten Stipulation auf dare einer res publica in publico usu führen die römischen Juristen allerdings keineswegs blos auf deren Zweckwidrigkeit, vielmehr auf eine wahre Unmöglichkeit zurück: nam de his rebus negotium recte geremus, quae subici usibus dominioque nostro statim possunt; ea dumtaxat, quae natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem; nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis ius,

So bekundet es in besondrer Beziehung auf den Kauf l. 34 §. 1 D. de C. E. 18, 1.

(*Paul.* lib. 33. ad ed.) Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt (exemerunt Hal.), earum nulla venditio est. [75])

Eisele [75a]) freilich legt unsrer Stelle einen geradezu entgegengesetzten Sinn bei; nach ihm zeigt sie deutlich, daß die Möglichkeit, verkauft zu werden, und commercium keine sich deckenden Begriffe seien, daß vielmehr eine Sache eben deshalb auch nicht verkauft werden könne, weil man sie privatrechtlich nicht haben und nicht verfolgen [75b]) könne. So verstanden würde l. 34 §. 1 cit. in der That als wesentlichen Inhalt der Extracommercialität die völlige Ausschließung des privatrechtlichen Eigenthums voraussetzen. Allein um der Stelle dieses Verständniß abzugewinnen, muß man

sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio. l. 83 §. 5. l. 137 §. 6 D. de V. O. 45, 1. Allein dies beruht lediglich auf der streng formalen Behandlung der Stipulation, derzufolge diese, sofern nicht eine Befristung ausdrücklich beigefügt ist, auf etwas gegenwärtig Mögliches gerichtet sein muß. G. Hartmann die Obligation S. 190 N. 3. Vgl. Wächter Pandekten Thl. 1 S. 378 unter B, der jene Gründe für Scheingründe erklärt wegen l. 31. l. 98 pr., auch l. 35 §. 1 D. de V. O. 45, 1.

75) Nach der Glosse sind dem Rechtsverkehre entzogen 1) natura freie Menschen (vgl. §. 2 J. de inutil. stip. 3, 19 und l. 4 D. de J. et J. 1, 1), 2) iure gentium die res sacrae et religiosae, 3) more civitatis die res publicae in publico usu.

75a) A. a. O. S. 15.

75b) Unter „verfolgen" scheint hiernach vorzugsweis, wo nicht ausschließlich, an die rei vindicatio gedacht zu sein.

jenen Begriff der Extracommercialität bereits fertig an sie herantragen: stützen kann man ihn auf sie gewiß nicht. Oder wäre anzunehmen, daß Paulus einen Ausspruch von der hiernach sich ergebenden Bedeutung, der nirgends anderswo eine, doch kaum entbehrliche, Erläuterung findet, so versteckt, so gewissermaßen von hinten herum gethan haben sollte? Ist es wahrscheinlich, daß dieser sonst so wortkarge Jurist mit den Ausdrücken habere, possidere, persequi dreimal immer wieder nur auf die nämliche Möglichkeit des privatrechtlichen Eigenthums hinweisen will? Wie viel kürzer und vor allem, wie viel treffender würde er das, was er nach Eisele zu sagen beabsichtigt hat, etwa mit den Worten gesagt haben: quae privatorum possunt esse! Welch' ungleich inhaltvollere Bedeutung dagegen gewinnt sein Ausspruch, wenn wir ihn so verstehen, daß jeder jener drei Ausdrücke einem der drei Gründe für die Extracommercialität einer Sache entspricht! Sachen nämlich, welche ihrer natürlichen Beschaffenheit nach extra commercium sind, können nicht einmal den Gegenstand des juristischen Besitzes bilden, possideri; [75c]) res sacrae und religiosae, welche das ius gentium dem Verkehre entzieht, sind damit, obwohl sie ihrer Natur nach zur Unterwerfung unter die menschliche Herrschaft, zum possideri, durchaus geeignet sind, dem menschlichen Eigenthume, haberi, überhaupt unzugäng-

75c) Die Glosse bemerkt zu possidere: naturaliter. Vgl. l. 23 §. 2 D. de a. p. 41, 2 (Javol. lib. 1. epist.): Item quaero, si vinxero liberum hominem ita, ut eum possideam, an omnia, quae is possidebat, ego possideam per illum . respondit: si vinxeris hominem liberum, eum te possidere non puto: quod cum ita se habeat, multo minus per illum res eius a te possidebuntur: neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter in mea potestate non habeo.

lich gemacht;[75a]) Sachen endlich, welche gewohnheitsrechtlich dem Verkehre entzogen sind, wie die res publicae in publico usu, können zwar Gegenstand des privatrechtlichen Besitzes und Eigenthums, des possideri und haberi, sein, lassen sich jedoch nicht mit Ansprüchen auf Uebertragung verfolgen, persequi. Eben deshalb ist allen Fällen der Extracommercialität das gemeinsam, daß über res extra commercium ein gültiger Kauf nicht eingegangen werden kann: m. a. W. das Wesen der Extracommercialität, gleichviel auf welchem Grunde sie beruht, besteht in der Unzulässigkeit des Kaufs und andrer Umsatzgeschäfte.

Jedenfalls beruht die Nichtigkeit jener Geschäfte bei denjenigen res in publico usu, von denen allein hier die

75a) So erklärt sich ihre Zusammenstellung mit dem liber homo in l. 4 D. de C. E. 18, 1 (Pompon. lib. 9. ad Sab.): — liberi hominis et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest. Umgekehrt beruht ihre Zusammenstellung mit den res publicae in publico usu im Gegensatze zum homo liber darauf, daß dieser durch seine natürliche Beschaffenheit vom Umsatzverkehre ausgeschlossen ist, jene Sachen positivrechtlich. L. 9 eod. (Id. eod. libro): Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei, si scias alienationem (prohibitam *ins.* M.): ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius. Aehnlich l. 5 J. de empt. 3, 23: Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum basilicam, frustra quis sciens emit, quas tamen si pro privatis vel profanis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, deceptum eum non esse . idem iuris est, si hominem liberum pro servo emit.

Rede ist, nicht auf deren natürlicher Beschaffenheit: sie ist positivrechtlich vorgeschrieben. [76])

Eben deshalb aber ist nicht anzunehmen, daß diese Nichtigkeit weitere Anwendung finde, als der Zweck es erheischt, dessen wegen sie geboten worden ist. M. a. W. sie betrifft nur solche Geschäfte, deren Erfüllung den usus publicus beeinträchtigen würde. Dahin gehören außer den Umsatzgeschäften auch die Geschäfte auf eine Gebrauchsüberlassung von solcher Wirkung.

Insbesondere würde es über den Zweck der Extracommercialität der res publicae in publico usu weit hinausgehen, wenn sie für das Gemeinwesen selbst, dem eine solche Sache gehört, derartige Geschäfte unmöglich machte. [76a]) Vielmehr: vermag die Verfügung der zuständigen Behörde jederzeit die maßgebende Eigenschaft der Sache zu beseitigen, so muß eine völlige oder bedingte oder theilweise Beseitigung derselben gerade auch in der Veräußerung, Verpfändung, Verpachtung der Sache seitens jener Behörde gefunden werden. [76b])

Von selbst versteht es sich, daß ein Geschäft über eine res extra commercium, welches bei unbedingter Errichtung

76) Vgl. G. Hartmann a. a. O. S. 189 f. S. auch N. 75d.

76a) So richtig Kappeler a. a. O. S. 18.

76b) Vgl. Eisele a. a. O. S. 35. A. M. Bekker a. a. O. §. 77 Beil. III S. 336, der dafür Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 1 Nr. 131 anführt. Hier werden nach dem preußischen allg. Landrecht II, 15 §. 80 die Meeresufer für gemeines Eigenthum des Staates erklärt, jedoch mit der Beschränkung, welche ihre Bestimmung zum öffentlichen Gebrauche mit sich bringe. Am Meeresufer aber ist in Wahrheit ein privatrechtliches Eigenthum ganz undenkbar; was das Landrecht „Eigenthum" nennt ist der Inbegriff der geringen Befugnisse, welche der öffentliche Gebrauch noch übrig läßt.

nichtig sein würde, auch dann nichtig bleibt, wenn es an eine Bedingung geknüpft ist, deren Hinzufügen an sich contra bonos mores verstößt.[77]) Dagegen scheint mir kein Grund für die Behauptung vorzuliegen, daß die Römer ein bedingtes Geschäft über eine res publica in publico usu auch dann für nichtig erachtet hätten, wenn der Inhalt der Bedingung nichts Bedenkliches enthielt.[78]) Ohne Zweifel ist es auch bei den Römern nicht selten vorgekommen, daß z. B. ein Dienstgebäude, wie eine Basilika, ein Rathhaus oder drgl., welches dem erweiterten Bedürfnisse nicht mehr genügte, dieser Eigenschaft entkleidet wurde, somit in den Verkehr zurücktrat; und wenn nun mit Rücksicht auf den bevorstehenden Beschluß, der die bisher in publico usu befindliche Sache dem Verkehre zurückgeben sollte, Private über dieselbe ein bedingtes Geschäft abschlossen: wo lag darin ein Verstoß gegen die gute Sitte?[79]) Zweifellos ist heute ein derartiges Geschäft durchaus rechtsbeständig;[80]) wird doch häufig ein Gemeinwesen erst dann zu dem, durch das sachliche Bedürfniß vielleicht dringend gebotenen, Beschlusse schreiten können, ein bisher benutztes

77) Und zwar dies ohne Unterschied, ob es sich um ein negotium strictum handelt oder um ein negotium bonae fidei. L. 34 cit. §. 2 D. de C. E. 18, 1. L. 83 §. 5 D. de V. O. 45, 1 cit.

78) Wächter a. a. O. S. 277 f. Dernburg Pandekten Bd. 1 S. 16 zu N. 9.

79) Vgl. G. Hartmann a. a. O. S. 190, der zutreffend sagt, das römische Recht verwerfe „regelmäßig" bedingte Verträge über res extra commercium, „insofern ihm das Speculiren auf jene rechtliche Aenderung als contra bonos mores erscheint." Aehnlich schon Fr. Mommsen die Unmöglichkeit der Leistung u. s. w. S. 150.

80) Wächter a. a. O. S. 278. Dernburg a. a. O. zu N. 10.

Dienstgebäude als solches aufzugeben, wenn es sich einer guten Verwerthung desselben vergewissert hat.

Mit der grundsätzlichen Nichtigkeit der auf Veräußerung oder Benutzung von res in publico usu gerichteten Geschäften steht es durchaus nicht im Widerspruche, daß bei bonae fidei Geschäften derart diejenige Partei, welcher der Erwerb oder die Benutzung einer solchen Sache zugesagt wird, während sie die entscheidende Eigenschaft derselben nicht kennt, mit der Contractsklage mindestens Ersatz des s. g. negativen Interesse beanspruchen darf, unter Umständen sogar das volle Erfüllungsinteresse. [81]) Denn dies beruht darauf, daß nach Treue und Glauben als Willensinhalt eines bonae fidei negotium das gelten muß, „was redliche Contrahenten in Erwägung möglicher Zwischenfälle und Gefahren vernünftigerweise wollen mußten, damit der Zweck des (Geschäftes) sicher erreicht werde." [82])

Ebenso entspricht es nur allgemeineren Grundsätzen, daß umgekehrt das Vermächtniß einer res extra commercium auch dann nichtig ist, wenn der Erblasser glaubte, die Sache unterliege dem Verkehre. [83]) Sofern er nämlich zugleich annahm, daß sie ihm gehöre, kommen die Grundsätze über das Vermächtniß fremder Sachen überhaupt zur Anwendung. [84]) Wußte er jedoch, daß die Sache nicht ihm

81) L. 22. l. 34 §. 1. l. 62 §. 1 D. de C. E. 18, 1 vgl. mit l. 5. l. 6 pr. eod. l. 39 §. 3 D. de evict. 21, 2. §. 5 J. de empt. 3, 23. G. Hartmann a. a. O. S. 170 f. A. M. Windscheid Lehrbuch Bd. 2 §. 315 N. 5 7. Aufl. S. 185 f.

82) G. Hartmann a. a. O. S. 181 f.

83) §. 4 J. de legat. 2, 20. Ulp. XXIV, 8 sq. l. 39 §. 7 §. 9 D. de legat. I. Arndts in diesem Commentar Thl. 46 S. 97 f.

84) L. 67 §. 8 D. de legat. II. l. 21 D. de probat. 22, 3. §. 4 J. de legat. 2, 20 cit. Arndts a. a. O. S. 153 ff.

gehöre, nicht dagegen, daß sie dem Verkehre entzogen sei, so ist das Vermächtniß deshalb nichtig (inutile), gewährt m. a. W. nicht einmal den secundären Anspruch auf den Sachwerth, weil er bei Kenntniß jener Eigenschaft schwerlich den Betrag dieses Werthes vermacht haben würde. [85])

Sind aber an den res publicae in publico usu alle Rechtsgeschäfte Dritter unstatthaft, welche den usus publicus schmälern oder beseitigen würden, so folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß solche Sachen auch den Gläubigern des Gemeinwesens, dem sie gehören, nicht haften können. Denn ihre Verwerthung zur Befriedigung der Schulden des Gemeinwesens läßt sich ohne Beeinträchtigung des usus publicus gar nicht vornehmen. Eine missio in derartige Sachen hätte demnach selbstverständlich des venditionis effectus entbehren müssen, wie dieselben noch heute der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen. Nicht minder aber war auch eine missio ohne diesen Erfolg unzulässig: entweder hätte sie den usus publicus verhindert, oder sie wäre gänzlich wirkungslos geblieben. [85a])

Somit kommen seine res in publico usu dem Haushalte eines Gemeinwesens nicht einmal dadurch zugute, daß sie seinen Credit unterstützen. Und hierin vorzugsweis liegt wohl der Grund, weshalb die Römer jene Sachen der pecunia, den bona, dem patrimonium populi vel civitatis gegenüber stellen. [85b])

Dies gilt m. E. ausnahmslos für alle res publicae in publico usu. Wer einem Gemeinwesen creditirt, darf

85) Arg. Paul. R. S. IV, 1, 8: Si alienam rem tanquam suam testator per fideicommissum reliquerit, non relicturus, si alienam scisset, ut solet legatum, ita inutile erit fideicommissum. Vgl. G. Hartmann a. a. O. S. 20. S. 197 ff.

85a) Vgl. oben Ziffer 2 N. 15a S. 25.

85b) S. oben Ziffer 2 zu Anfang S. 24 f.

seine Sicherheit schlechterdings nicht in derartigen Sachen erblicken: er findet sie nur einerseits im werbenden Vermögen des Gemeinwesens und in dessen für Verausgabung oder Verbrauch bestimmten Vorräthen, anderseits in der Leistungsfähigkeit der beitragspflichtigen Mitglieder des Gemeinwesens. Wem das im gegebenen Falle nicht auszureichen scheint, der mag dem Gemeinwesen den Credit verweigern.

Ganz willkürlich dagegen rechnet Bekker[85c]) aus Besorgniß, daß für die Gläubiger bald gar nichts übrig bleiben würde, zu den bona eines Gemeinwesens auch diejenigen res publicae in publico usu, welche zur Erfüllung der dem Gemeinwesen obliegenden Pflichten nicht unentbehrlich und zugleich in Privatherrschaft nicht werthlos wären. „Demnach," sagt er, „wären im Vermögen" der Städte namentlich nicht: Rathhaus, Gefängnisse, Feuerwachen, Schulhäuser, öffentliche Cloaken; wogegen Gaswerke, Wasserleitungen und Aehnliches, so nützlich es übrigens der Stadt sein möchte, einer Stadt weder unentbehrlich, noch im Privatbesitz unnütz erscheint." Diese Beispiele zeigen m. E. mit voller Deutlichkeit, wie mißlich es sein würde, wollte man mit Bekker die Unentbehrlichkeit für eine Stadt darüber entscheiden lassen, ob eine dem Gemeinwohle dienende Anstalt zum Kämmereigut gehöre oder extra commercium sei. Was ist denn unentbehrlich? Kann eine Stadt als Rathhaus, als Gefängniß, als Feuerwache statt eines eignen nicht auch ein gemiethetes Gebäude benutzen? fehlen nicht in manchen Städten noch heute

85c) A. a. O. S. 334. — Auch Kappeler ist m. E. darin nicht glücklich, wenn er a. a. O. S. 42 im Zweifel über die Classification einer im Eigenthum des Staates oder einer Gemeinde befindlichen Sache die Verkehrsunfähigkeit der Sache deshalb verwirft, weil sie die Ausnahme bilde.

öffentliche Cloaken, so daß man sich mit Abfuhr der Fäcalien oder mit Senkgruben behilft? Jedenfalls ist die Unentbehrlichkeit nicht sowohl eine der Sache selbst anhaftende, für jedermann unverkennbare Eigenschaft, als vielmehr ein Urtheil über ihren Gebrauchswerth, welches unvermeidlich in höherm oder geringerm Maße von Standpunct und Persönlichkeit des Betrachters beeinflußt wird, wie es denn sachlich gewiß schwer zu begründen sein dürfte, weshalb, wie Bekker meint, eine Wasserleitung, auch beim Mangel brauchbaren Wassers an Ort und Stelle, eher entbehrt werden könnte, als eine Cloake.

Gleichwohl mag ich nicht verkennen, daß Bekker zu seiner Ansicht von einem richtigen Gefühle veranlaßt worden ist; nur hat er dasselbe nicht zu vollem Verständnisse entwickelt. Der Gegensatz zwischen den res in publico usu, der ihm vorgeschwebt hat, liegt darin, daß ein Theil dieser Sachen lediglich durch den usus publicus dient, während ein andrer Theil unbeschadet des usus publicus zugleich Aufkünfte abwirft, insoweit also werbendes Vermögen bildet.[85d]) Sachen der letztern Art nach dieser Seite hin der Haftung für die Schulden des Gemeinwesens zu entziehen, gebietet kein innerer Grund; ob und wie die Gläubiger des Gemeinwesens aus ihnen ihre Befriedigung suchen können, das bestimmt sich lediglich nach den Vorschriften der Proceßordnung über die Zwangsvollstreckung in das Vermögen. Solange bei den Römern diese Zwangsvollstreckung ausschließlich durch missio in bona cum venditionis effectu erfolgte, war daher die Heranziehung von res in publico usu auch der bezeichneten Art gänzlich unstatthaft. Nachdem Antoninus Pius die Zwangsvollstreckung durch Auspfändung eingeführt hatte, stand es dem Gläubiger einer Gemeinde zweifellos frei, nicht nur die von seiner

85d) S. oben Ziffer 2 S. 26 f.

Schuldnerin ſelbſt aus derartigen Sachen bereits bezogenen fructus naturales und civiles auszupfänden, ſondern auch die Forderungen zu beſchlagnahmen, welche ſie durch Nutzbarmachung ſolcher Sachen gegen Dritte erworben hatte, z. B. durch Geſtattung eines Waſſerbezuges um Geld aus einer in erſter Reihe dem Gemeingebrauche dienenden Waſſerleitung. Der gemeine Proceß kennt weiter eine Zwangsvollſtreckung in unveräußerliche Lehn-, Stamm- und Fideicommiß-Güter, welche durch fortgeſetzte Verwerthung der nach und nach aufkommenden Erträgniſſe zur Tilgung der Schuld geſchieht, indem das Vollſtreckungsgericht den Fruchtbezug entweder auf Rechnung des Gläubigers verpachtet oder durch einen beſtellten Verwalter unmittelbar für ihn vornehmen läßt.[85a]) Dieſes Verfahren eignet ſich m. E. auch für die Zwangsvollſtreckung in res publicae in publico usu der bezeichneten Art: hier würde eine vom Vollſtreckungsgerichte angeordnete Verwaltung zur allmählichen Befriedigung der Gläubiger diejenigen Auftünfte zu verwenden haben, welche ſich unbeſchadet des usus publicus erzielen laſſen. Sollte, wie es ſcheint, eine ſolche Zwangsvollſtreckung bisher nicht vorgekommen ſein, ſo findet das einfach ſeine Erklärung darin, daß es bisher in Deutſchland nicht nöthig geweſen iſt, für die Schulden eines Gemeinweſens deſſen res in publico usu überhaupt in Anſpruch zu nehmen. Uebrigens iſt es auf dem Boden der heutigen Rechtsordnung nicht mehr nöthig, jene Zwangsvollſtreckung auf das Vorbild der nach §. 5 Nr. 1 des Einführungsgeſetzes zur Reichs-Konkurs-Ordnung fortbeſtehenden landesgeſetzlichen Vorſchriften über Lehen, Stammgüter oder Familienfideicommiſſe zu ſtützen; dieſelbe findet,

85a) Vgl. Wetzell Syſtem des ordentlichen Civilproceſſes §. 50 zu N. 45 2. Aufl. S. 582 f.

wenn ich nicht irre, eine ausreichende Grundlage in §. 754 Abſ. 3 der Reichs-Civil-Proceß-Ordnung. [85f])

Iſt gemäß dem Weſen einer res extra commercium ein jedes Geſchäft, welches ihre Veräußerung bezweckt, als ſolches nichtig, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß eine ſolche Sache auch dann, wenn ſie an ſich des Eigenthums fähig ſein ſollte, auf Grund eines derartigen Geſchäftes niemals titulo vero erſeſſen werden kann. Dadurch würde jedoch nicht ausgeſchloſſen ſein, daß ſie auf Grund eines nichtigen Veräußerungsgeſchäftes titulo putativo erſeſſen werden könnte. Um dies zu verhüten, hat es einer beſondern Ausſchließung dieſer Sachen von der Uſucapion, m. a. W. eines Uſucapionsverbotes, bedurft.

L. 9 D. de usurp. 41, 3:

(*Gai.* lib. 4. ad ed. prov.) Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatium, item liberis hominibus.

Die der Uſucapion entzogenen res corporales, welche Gaius hier aufzählt, ſind ſämmtlich extra commercium; gleichwohl deutet der Juriſt mit keiner Sylbe an, daß die Uſucapionsunfähigkeit mit der Extracommercialität ohne weiteres gegeben ſei. Ja, ſelbſt wenn er kurzum ſagte, alle res extra commercium ſeien uſucapionsunfähig, ſo würde damit durchaus nicht ausgeſprochen ſein, daß ihre Extracommercialität mit innerer Nothwendigkeit, in dieſem

85f) „Das Gericht kann bei der Zwangsvollſtreckung in Rechte, welche nur in Anſehung der Ausübung veräußerlich ſind, beſondere Anordnungen erlaſſen. Es kann insbeſondere bei der Zwangsvollſtreckung in Nutzungsrechte eine Verwaltung anordnen. In dieſem Falle wird die Pfändung durch Uebergabe der zu benutzenden Sache an den Verwalter bewirkt, ſofern ſie nicht durch Zuſtellung des Beſchluſſes bereits vorher erwirkt iſt."

Sinne begriffsmäßig jene Unfähigkeit bewirke: letztere könnte trotzdem auf einem selbständigen Grunde beruhen. Und dies müssen wir in der That soweit behaupten, als solche res publicae in publico usu in Frage stehen, welche ihrer natürlichen Beschaffenheit nach dem Eigenthume zugänglich sind. Jener Grund ist ebenso eine bloße Zweckmäßigkeitserwägung, wie derjenige, aus welchem Geschäfte über Veräußerung und Benutzung dieser Sachen als zweckwidrige für nichtig, m. a. W. diese Sachen selbst für extra commercium erklärt worden sind. [85b])

Hiergegen scheint nun der Einwand zutreffend, daß ungeachtet ihrer rechtlichen Möglichkeit die Ersitzung von res publicae in publico usu thatsächlich kaum vorkommen werde, also ein praktisches Bedürfniß gar nicht vorliege, sie erst ausdrücklich zu untersagen. [86]) Indessen dürfte dieser Einwand einer mangelhaften Kenntniß der wirklichen Verhältnisse entspringen. Freilich wird es nicht gerade zu besorgen sein, daß jemand das Rathhaus einer Stadt, oder einen öffentlichen Platz in derselben im ganzen, oder eine Heerstraße in ihrer vollen Breite ersitze. Gar nicht selten dagegen würde es vorkommen, daß Stücke öffentlicher Plätze und Straßen der Ersitzung anheimfielen: einspringende Winkel derselben, die der öffentliche Verkehr thatsächlich nicht berührt, um so leichter aber die Anlieger z. B. zum Lagern von allerlei Sachen benutzen; ein Streifen der Straßenbreite, das todte Ende einer Sackgasse, wo, anfänglich vielleicht mit Genehmigung der zuständigen Behörde, die

85b) Vgl. Kappeler a. a. O. S. 18, der die Ersitzungsunfähigkeit der res in publico usu zwar auch auf Zweckmäßigkeit zurückführt, in ihr zugleich aber ein Stück ihrer Extracommercialität erblickt.

86) Rüttimann Nachtrag S. 15. Wappäus a. a. O. S. 121.

Nachbarn wie auf ihrem Eigenthume ihre tägliche Hantirung treiben u. ſ. w. Insbeſondere in einer kleinen Stadt, wie Rom es doch auch einmal geweſen, iſt die Obrigkeit, namentlich wenn ſie als Ehrenamt verwaltet wird, oft gar nicht in der Lage, überallhin, wo es noth thut, die Augen zu wenden, will manchmal vielleicht auch nicht ſehen, während anderſeits die Bürger durchaus nicht zaghaft ſind, vom Gemeindegute ſich anzueignen, was ein jeder eben erlangen kann, der Nachbar aber, dem dies nicht verborgen bleibt, den andern meiſt nur in dem Falle daran hindert, wenn er ſelbſt es auf die nämliche Beute abgeſehen hatte. Nun ſchließt freilich der böſe Glaube des erſten Occupanten bei dieſem ſelbſt und bei deſſen Geſammtrechtsnachfolgern die Erſitzung aus; allein einem Einzelnachfolger würde nur deſſen eigner böſer Glaube hinderlich ſein; und dieſer iſt ſelten nachweisbar. Wie gefährlich alſo, hier der ordentlichen Erſitzung ſtattzugeben, vollends wenn ſie, wie vor Juſtinian an italiſchen Grundſtücken, in der kurzen Zeit von zwei Jahren ſich vollendet! Aber ſelbſt die zehnjährige Erſitzungsfriſt iſt für derartige Verhältniſſe noch bedenklich kurz.

Die Ausſchließung der res publicae in publico usu von der ordentlichen Erſitzung iſt auch nach Nov. 119 c. 7 wichtig geblieben. Denn dieſes Geſetz ſteht ſelbſt gemäß ſeiner weiteſten Auslegung [87]) der Erſitzung eines Grundſtückes nur dann entgegen, wenn deſſen Veräußerung in ſchlechtem Glauben geſchehen iſt, alſo namentlich dann nicht, wenn erſt der gutgläubige Erbe des bösgläubigen Beſitzers ſie vorgenommen hat.

Dagegen iſt ebenſo wenig ein ſachliches Bedürfniß

87) Windſcheid Lehrbuch Bd. 1 §. 182 unter 3c zu N. 8. Vgl. Dernburg Pandekten Bd. 1 §. 220 unter 2b N. 15.

vorhanden, an der ihrer natürlichen Beschaffenheit nach des Eigenthums fähigen res publicae in publico usu auch die außerordentliche Ersitzung auszuschließen, als die Quellen diese Ausschließung kennen. [88])

Wir sehen also: die Extracommercialität der res publicae in publico usu besteht darin, daß diese Sachen aus positivrechtlich anerkannter Zweckmäßigkeit nicht gültig zum Gegenstande von Geschäften unter Privaten gemacht werden können, welche auf eine dem Gemeingebrauche nachtheilige Veräußerung oder Gebrauchsüberlassung abzielen; und daß sie demgemäß den Gläubigern des Gemeinwesens höchstens mit den Aufkünften haften, welche sie unbeschadet des usus publicus etwa abwerfen; die damit geschaffene rechtliche Besonderheit dieser Sachen ist dann ebenso positivrechtlich dadurch erweitert, daß sie aus Zweckmäßigkeit der ordentlichen Ersitzung des Eigenthums entzogen sind. Von einer grundsätzlichen, geschweige von einer begrifflichen, Ausschließung des Privateigenthums an diesen Sachen ist dagegen in den Quellen nirgends auch nur eine Spur zu entdecken.

Freilich meint v. Ihering in einer jüngern Aus-

88) Wer freilich annimmt, daß an diesen Sachen jedes privatrechtliche Eigenthum ausgeschlossen ist, muß auch dessen Erwerb kraft außerordentlicher Ersitzung verneinen. Hierher gehört wohl auch v. Vangerow Lehrbuch der Pandekten Bd. 1 §. 325 Anm. unter 1. 7. Aufl. S. 615. Windscheid dagegen, der, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1 §. 146 unter 4 (7. Aufl. S. 413 ff.), das Eigenthum an diesen Sachen anerkennt, bleibt jede Begründung schuldig, wenn er §. 183 zu N. 3 (7. Aufl. S. 551) „bei Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind," die außerordentliche Ersitzung ausschließt. Auch in der Compilation verneint l. 9 D. de usurp. 41, 3 (oben S. 75) nur die Usucapion.

führung [89]) eine solche Spur in l. 1 §. 22 de a. p. 41, 2 [90]) gefunden zu haben. Indem nämlich diese Stelle den Besitz an den res publicae leugne und dafür den usus (publicus) substituire, bekunde sie gemäß dem von v. Ihering aufgestellten Satze: wo kein Eigenthum, da ist auch kein Besitz, — daß der Staat an den res publicae in publico usu kein Eigenthum habe. „Denn wenn der Staat das Eigenthum an ihnen hätte, warum faßte die römische Jurisprudenz nicht wie überall, so auch bei ihnen die Thatsächlichkeit desselben als Besitz auf, und warum versagte sie dem Staat den für den Eigenthumsschutz so wichtigen Besitzesschutz?" In Wahrheit jedoch hat die Stelle mit unsrer Frage nicht das Mindeste zu thun. Sie verneint den Besitz einer Gemeinde keineswegs ausschließlich an res publicae in publico usu, vielmehr an Sachen aller Art: nihil possidere possunt (sc. municipes); allein ebensowenig leugnet sie jeden Besitz einer Gemeinde, sondern nur den durch die Gesammtheit der Gemeindeglieder unmittelbar geübten: per se nihil possidere possunt; [91]) und diese

89) Beiträge zur Lehre vom Besitz in Jahrbücher Bd. 9 S. 132. Zweite Auflage: Ueber den Grund des Besitzschutzes S. 154.

90) Paul. lib. 54. ad ed.: Municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt . forum autem et basilicam hisque similia non possident, sed promiscue his utuntur . sed Nerva filius ait, per servum quae peculiariter adquisierint et possidere et usucapere posse: sed quidam contra putant, quoniam ipsos servos non possideant. — Vgl. auch unten Titel 9 Ziffer 4 zu N. 46.

91) Dagegen erkennt Paulus unter Berufung auf den jüngern Nerva an, daß eine Gemeinde die von ihren Sclaven peculiari nomine detinirten Sachen besitze. Wenn Bekker, das Recht des Besitzes bei den Römern S. 155,

Verneinung endlich begründet sie durchaus nicht mit der Unfähigkeit der Objecte, besessen zu werden, vielmehr gerade umgekehrt mit der Unfähigkeit des Subjectes, den zum Besitzerwerbe erforderlichen Beschluß zu fassen: quia universi consentire non possunt. [92]) Marktplatz und Ge-

ihn die Ansicht der quidam theilen läßt, qui contra putant, so beachtet er dabei nicht, daß die Behauptung des Paulus: municipes per se nihil possidere possunt — mit der Lehre Nervas sich auf das Beste verträgt. Daß in der That Paulus den Besitz einer Gemeinde durch Sclaven nicht bestritt, zeigt l. 10 D. de Publ. in rem 6, 2, welche schon in ihrem ursprünglichen Zusammenhange nicht füglich einen andern Sinn gehabt haben kann, als in der Compilation. Hier erklärt der Jurist hinsichtlich der Publiciana es sogar für gleichgültig, ob ein Gemeindesclav den Besitz für die Gemeinde peculiari nomine erwerbe oder nicht. Nun aber erwirbt ein Gewaltunterthäniger nach der unzweifelhaften Ansicht des Paulus ohne Willen des Gewalthabers diesem den Besitz und die, für die Publiciana unentbehrliche, condicio usucapiendi nur peculiari nomine. L. 1 §. 5. l. 3 §. 12 D. de a. p. 41, 2. l. 47 D. de usurp. 41, 3. Gewährt also Paulus einer Gemeinde die condicio usucapiendi auch an Sachen, welche ihr Sclav non peculiari nomine erworben hat, so muß er eine Vertretung der, willensunfähigen, Gemeinde in dem für den Besitzerwerb erforderlichen Willen anerkennen. In der That würde das Gegentheil nicht wohl denkbar sein. Bezeugt doch Ulpian, der Zeitgenosse des Paulus, in der der l. 1 §. 22 cit. unmittelbar angehängten l. 2 D. de a. p. 41, 2 es als praktisches Recht (hoc iure utimur), daß Gemeinden sowohl durch Sclaven als durch freie Personen Besitz erwerben, wie er in l. 7 §. 3 D. ad exh. 10, 4 von Gemeinden sagt: et possidere et usucapere eos posse constat. Vgl. v. Savigny System Bd. 2 S. 291. Bekker a. a. O. S. 155 f.

92) Vgl. Eisele a. a. O. S. 28 f. N. 3. — Die angeführ-

richtshalle erwähnt Paulus lediglich zu dem Zwecke, seine grundsätzliche Verneinung des unmittelbaren Besitzes einer Gemeinde gegen den Einwand zu sichern, der aus der Thatsache entnommen werden könnte, daß doch die Bürger der genannten Sachen sich unmittelbar bedienen: das, sagt er, sei eben kein Besitz, sondern gemeinsame Benutzung. Jedenfalls würde l. 1 §. 22 cit. in v. Iherings Sinne verstanden allzuviel erweisen: sie würde das Eigenthum einer Gemeinde nicht nur an den res publicae in publico usu verneinen, sondern nicht minder an den res in patrimonio civitatis;[93]) und schon deshalb erscheint sie gänzlich unbrauchbar, das besondere Wesen der erstern Sachenart zu bestimmen.

7. Einen letzten Angriff gegen die Ansicht, das Recht eines Gemeinwesens an den ihm gehörigen res in publico usu sei das privatrechtliche Eigenthum, versucht v. Ihering[94]) mit der Behauptung, jenem Rechte fehle nicht weniger als alles, was das Wesen dieses Eigenthums ausmacht. Es werde weder erworben noch verloren, wie Eigenthum; es lasse sich nicht übertragen; auch könne es nicht mittels der rei vindicatio verfolgt und endlich vom Gemeinwesen als solchem nicht ausgeübt werden.

Daß ein Gemeinwesen sein Recht an einer dem öffent-

ten Worte sagen: „selbst wenn alle Einzelne consentirten, so wäre es doch nicht die Corporation selbst, als ideale Einheit (universi), welche wollte, also fände sich nicht der ganz unentbehrliche animus possidendi in der Person des wahren Besitzers." v. Savigny System Bd. 2 §. 91 N. t S. 291. Ueber universi in der angegebenen Bedeutung s. Ulp. fragm. XXII, 5 vgl. auch l. un. §. 1 D. de libert. univers. 38, 3. v. Savigny a. a. O. §. 93 N. b S. 301 und N. h S. 303.

93) Eisele a. a. O. S. 29.

94) Erwiderung S. 14.

lichen Gebrauche unterliegenden Sache thatsächlich anders ausübt, als eine Privatmann sein Eigenthum ausübt, ist uns nicht unbekannt; [94a]) allein wir haben diese Verschiedenheit auf die Verschiedenheit der wirthschaftlichen Aufgaben zurückgeführt, welche den Privaten einerseits und den Gemeinwesen anderseits gestellt sind: beiderlei Ausübung entspricht demnach dem Wesen des privatrechtlichen Eigenthums.

Geradezu irrig ist es, wenn v. Ihering die rei vindicatio bei res publicae in publico usu für unanwendbar erklärt; wir werden in ihrer heutigen Anwendung umgekehrt einen Beweisgrund dafür erblicken, daß jene Sachen privatrechtliches Eigenthum des Gemeinwesen sind, denen sie gehören. [94b])

Hier bleibt somit nur zu untersuchen, wie es sich verhalte mit Erwerb, Verlust und Uebertragbarkeit des Rechtes der Gemeinwesen an jenen Sachen.

„Wird es" (nämlich das von Dernburg angenommene Eigenthum des Staates an solchen Sachen), ruft v. Ihering aus, „erworben, wie ein anderes? Antwort: Nein. Hört es auf, wie ein anderes? Antwort: Nein. Kann es übertragen werden? Nein; denn das Eigenthum an res publicae läßt sich nur übertragen, nachdem sie aufgehört haben, es zu sein, oder sollte etwa Preußen Hannover als Compagnon in sein Eigenthum an den Chausseen aufnehmen können?"

Was zunächst den Erwerb des streitigen Rechtes betrifft, so läßt, irre ich nicht, v. Iherings Ausspruch eine mehrfache Auffassung zu. Zwar in dem Sinne hat sein Urheber ihn wohl kaum gemeint, in welchem Wappäus [95])

94a) Ziffer 5 S. 60 zu N. 73.
94b) S. unten Ziffer 8 zu N. 33 ff.
95) A. a. O. S. 102.

ihn versteht, nämlich von dem Erwerbe einer Sache, welche erst nachher dem usus publicus gewidmet wird. Denn daß ein solcher Erwerb den Grundsätzen des regelrechten Eigenthumserwerbes unterliegt, das hat v. Ihering gewiß nicht bestreiten wollen.[96]) Vielleicht dagegen hat er den Hergang im Auge gehabt, kraft dessen eine bis dahin im privatrechtlichen Eigenthume des Gemeinwesens befindliche Sache dem usus publicus unterworfen wird, insofern er davon ausgeht, daß infolge dieser Unterwerfung das bis zu derselben vorhandene privatrechtliche Eigenthum sich in ein Recht wesentlich andrer Art umwandle. Trifft diese Auffassung die Meinung v. Iherings, so will er danach also sagen, jener Hergang finde nicht statt in der Weise, wie man privatrechtliches Eigenthum erwerbe. Und das wäre unbestreitbar richtig. Allein diese Wahrheit bildet eine Instanz gegen das privatrechtliche Eigenthum des Gemeinwesens an den res publicae in publico usu doch nur für denjenigen, welcher eben dieses Eigenthum mit dem usus publicus als unvereinbar ansieht, ergiebt jedoch keinen Beweisgrund wider die entgegengesetzte Ansicht. Vielleicht auch hat v. Ihering an den Erwerb einer Sache gedacht, welche bereits vorher dem usus publicus unterliegt und demselben fortdauernd unterliegen soll. Gehört diese Sache bis jetzt einem andern Gemeinwesen, so enthält ihr Erwerb zugleich einen Rechtsverlust für letzteres und bleibt als solcher zweckmäßig einer spätern Erörterung vorbehalten. Indessen kommt ein usus publicus, z. B. die rechtlich allgemein zuständige Benutzung eines Weges, auch an dem im privatrechlichen Eigenthume eines Privaten stehenden Grundstücke vor;[97]) und wenn ein Gemeinwesen dieses Grundstück, soweit dasselbe mit dem Gemeingebrauche belastet ist,

96) Vgl. auch Eisele a. a. O. S. 32 f.
97) S. unten Ziffer 10.

unter Fortbeſtand des letztern erwirbt, ſo liegt ein Erwerb einer res publica in publico usu vor, welcher den Verluſt des Rechtes eines andern Gemeinweſens an einer ſolchen Sache nicht einſchließt. Aber weshalb ſollten für dieſen Erwerb nicht die gewöhnlichen Weiſen des Eigenthumserwerbes einſchließlich der ordentlichen Erſitzung anwendbar ſein? und zwar ſie ganz allein? Sollte endlich irgendwo eine herrenloſe Sache dem usus publicus unterliegen, ſo ſehe ich nicht, weshalb nicht dieſe durch Occupation zur res publica in publico usu werden könnte. [98])

Was ſodann den Verluſt des einem Gemeinweſen an den ihm gehörigen res in publico usu zuſtändigen Rechtes anlangt, ſo ſteht es feſt, daß derſelbe durch ordentliche Erſitzung nicht eintreten kann. [99]) Allein die Uſucapionsunfähigkeit theilen mit jenen Sachen nicht nur die res in patrimonio fisci, ſondern nicht minder viele Sachen, welche im Eigenthume

98) In der That hat mir vor etwa 30 Jahren der damalige Oberforſtmeiſter v. Seebach zu Uslar im Sollinge erzählt, daß er einen in der Nähe jenes Städtchens belegenen und von deſſen Einwohnern als Luſtgehölz benutzten uralten Eichenhain unter Fortdauer jener Benutzung als herrenloſes Grundſtück für den Forſtfiscus occupirt habe. Wahrſcheinlich war dieſer Hain urſprünglich als Heiligthum dem menſchlichen Eigenthume entzogen geweſen und nach Bekehrung der Sachſen zum Chriſtenthum herrenlos geblieben; zu ſeinem Schutze hatte die Aufſicht eines benachbarten Grundherrn genügt, der dafür in ihm die Kuhweide ausübte, und an deſſen Stelle im Laufe der Zeit der Fiscus als Eigenthümer der nahen Domäne Steimke getreten war. Erſt als mit dem allmählichen Abſterben einzelner Bäume der Wunſch der Nachpflanzung rege wurde, entſtand das Bedürfniß, einen Eigenthümer für den Hain zu gewinnen, der die Forſtcultur übernahm.

99) S. oben Ziffer 6 S. 75 ff.

Privater ſtehen; aus ihr läßt ſich mithin eine Schlußfolgerung gegen das privatrechtliche Eigenthum des Gemeinweſens an res publicae in publico usu nicht herleiten. Anderſeits wiſſen die Quellen, wie wir geſehen haben, [100]) nichts davon, daß ſolche Sachen auch der außerordentlichen Erſitzung entzogen wären. Und ſelbſtverſtändlich erliſcht das Recht eines Gemeinweſens an ihnen, wie immer dieſes Recht aufzufaſſen ſein möge, durch ihren Untergang gerade ſo, wie das privatrechtliche Eigenthum an einer Sache durch deren Untergang aufhört, ſo wenn eine Staatsſchauſſee vom Meere verſchlungen wird, eine öffentliche Gemäldeſammlung verbrennt. Fraglich könnte es ſcheinen, ob die rechtliche Eigenſchaft der res publica in publico usu an dem Bauplatze fortbeſteht, wenn das darauf befindliche Gebäude für jene Benutzung unbrauchbar wird, z. B. bei einem Erdbeben zuſammenſtürzt. Dieſe Frage hat auch dann praktiſche Bedeutung, wenn das Recht des Gemeinweſens an einer res in publico usu nicht als ein eigenartiges Recht gilt, ſondern als privatrechtliches Eigenthum: von ihrer Beantwortung hängt es ab, ob das Grundſtück nunmehr der ordentlichen Erſitzung unterliegt oder nicht. Wir glauben, die Frage unbedingt bejahen zu müſſen. Verſteht ſich nämlich die Bejahung in dem Falle von ſelbſt, wenn das Gebäude zwecks eines, dem gleichen usus publicus beſtimmten, Neubaus niedergelegt wird, ſo ergiebt ſich daraus, daß der entſcheidende Umſtand nicht ſowohl in der thatſächlichen Möglichkeit des usus publicus liegt, als vielmehr in der Fortdauer der einmal mit rechtlicher Wirkung erfolgten Beſtimmung für denſelben; dieſe Beſtimmung aber dauert fort, bis ſie durch einen neuen rechtlichen Thatbeſtand aufgehoben wird, d. h. entweder durch Verfügung der zuſtändigen Behörde oder durch unvordenkliche Verjährung. [1])

100) A. a. O. S. 77 f.

1) S. oben Ziffer 3 a. E. S. 31 f. Vgl. Eiſele a. a. O.

Eine weit erheblichere Bedeutung haben unter den Gründen für den Verluſt des Rechtes, welches einem Gemeinweſen an den ihm gehörigen res in publico usu zuſteht, diejenigen, welche auf dem Willen des verlierenden Subjectes beruhen. Und zwar ſind hier zu ſondern die bloße Rechtsentäußerung und die Rechtsübertragung.

Was die Entäußerung durch Dereliction anbetrifft, ſo iſt nicht erſichtlich, weshalb ſie auf res publicae in publico usu keine Anwendung erleiden dürfe, den entſprechenden Beſchluß der zuſtändigen Behörde natürlich vorausgeſetzt.

Dagegen wird die lediglich den usus publicus aufhebende Verfügung dieſer Behörde vom Standpuncte derjenigen, welche das Recht eines Gemeinweſens an den ihm gehörigen Sachen in publico usu für privatrechtliches Eigenthum halten, ſchlechterdings nicht als Entäußerung eines Rechtes gelten, ſondern als eine bloße Aenderung der Zweckbeſtimmung des Eigenthums an der Sache. Wer freilich in jenem Rechte des Gemeinweſens ein publiciſtiſches Recht erblickt, welches untrennbar an die rechtliche Beſtimmung der Sache für den usus publicus gebunden iſt, der iſt genöthigt, in dieſer Verfügung die Entäußerung jenes Rechtes zu finden. Nur darf er ſich darüber nicht täuſchen, daß er die Erklärung ſchuldig bleibt, wie ſo nunmehr an Stelle des weggefallenen publiciſtiſchen Rechtes das gewöhnliche Eigenthum des Privatrechts treten könne.[1a]) Träte übrigens dieſer Wechſel des Rechtes wirklich ein, ſo hätten wir damit einen neuen Fall, in welchem privatrechtliches Eigen-

S. 33 f., der ſich auf die Analogie der l. 6 §. 3 D. de R. D. 1, 8 beruft. Marcian. lib. 3. inst.: — semel autem aede sacra facta etiam diruto aedificio locus sacer manet.

1a) S. Bekker a. a. O. §. 77 Beil. III S. 335 unter 1.

thum auf dieselbe Weise entsteht, wie jenes publicistische Recht des Gemeinwesens an res in publico usu, — nämlich durch Verfügung der zuständigen Behörde hinsichtlich einer dem von ihr vertretenen Gemeinwesen gehörigen Sache. Einen weitern Fall würde die, jene Verfügung ersetzende, unvordenkliche Verjährung ausmachen.

In diesem Zusammenhange mag auch der besonders heiß bestrittenen Frage gedacht werden, ob die Eigenschaft der res in publico usu, wenngleich nur vorübergehend, unterbrochen werde infolge der Verfügung der zuständigen Behörde, die besondere Art des öffentlichen Gebrauches zu ändern, z. B. aus Festungswerken öffentliche Promenaden zu machen, das bisherige Rathhaus als Schulhaus zu benutzen.[2]) Wer die rechtliche Eigenthümlichkeit der res in publico usu, gleichviel wie er dieselbe construirt, als Wirkung der maßgebenden Verfügung ansieht, welche die einzelne Sache dem usus publicus widmet, der wird die Fortdauer dieser Eigenthümlichkeit für die ganze Zeit annehmen müssen, während deren die Widmung der Sache für den usus publicus überhaupt fortdauert, sollte gleich der Inhalt des bezweckten usus publicus an ihr ein andrer geworden sein, geradeso wie er umgekehrt annehmen muß, daß diese Eigenthümlichkeit in dem Augenblicke fortfällt, in welchem rechtsgültig verfügt worden ist, die Sache dem usus publicus zu entziehen, z. B. die Festungswerke zu schleifen. Wer dagegen mit v. Ihering[3]) die Eigenschaft der res

2) Vgl. einerseits v. Keller Rechtsgutachten S. 10 f. Einige Bemerkungen S. 62. Ihering der Streit S. 16—22. Erwiderung S. 45—49. Eisele a. a. O. S. 34 zu N. 2, — anderseits Rüttimann Gutachten §. 10 S. 49 f. Nachtrag §§. 14—17 S. 27—38. Dernburg S. 40—43.

3) Der Streit S. 22. Vgl. oben Ziffer 3 a. E. S. 32.

in publico usu ungeachtet der zuständigen Verfügung, den usus publicus aufzuheben, rechtlich solange fortbestehen läßt, bis die Sache thatsächlich die Gestalt verloren hat, welche sie für den usus publicus geeignet machte, z. B. bis die Festungswerke wirklich geschleift worden sind, der müßte m. E. folgerecht der Sache die Eigenschaft der res in publico usu für die Zeit absprechen, während welcher sie die thatsächliche Brauchbarkeit für den frühern usus publicus verloren hat, bevor sie für den neuen geeignet ist.

Wir gelangen zur letzten Frage: kann ein Gemeinwesen das ihm zustehende Recht an einer ihm gehörigen res in publico usu auf ein anderes Subject übertragen? Vorweg sei übrigens bemerkt, daß selbst die strengste Verneinung dieser Frage völlig unerheblich ist für die Entscheidung darüber, ob das Recht des Gemeinwesens an einer solchen Sache publicistischer Natur oder vielmehr privatrechtliches Eigenthum sei. Giebt es doch zweifellos Fälle des privatrechtlichen Eigenthums, in denen dem Eigenthümer die rechtliche Möglichkeit der Veräußerung seiner Sache fehlt: es genügt, an den fundus dotalis zu erinnern oder an die Stamm- und Fideicommißgüter des deutschen Rechtes. [4]) Noch weit weniger verschlägt es etwas gegen das privatrechtliche Eigenthum an res publicae in publico usu, daß durch moderne Verfassungs- und Organisations-Gesetze (Gemeinde-, Kreis-, Provinzial-Ordnungen u. s. w.) die Veräußerung jener Sachen erheblich erschwert zu sein pflegt: gilt doch das Gleiche z. B. für Sachen, die im Eigenthume von Mündeln stehen.

Nun aber ist in der That das Recht an einer res publica in publico usu recht wohl übertragbar. So ist in Preußen durch das Gesetz v. 8. Juli 1875 §. 18 Abs. 2 zugleich mit der Unterhaltungslast das Eigenthum

4) Wappäus a. a. O. S. 103.

der bereits ausgebauten Staatschausseen nebst allen Nutzungen und Pertinenzien einschließlich der Chausseewärter- und Einnehmerhäuser auf die Kommunalverbände übertragen worden, ohne daß die Chausseen auch nur in der Vorstellung einen Augenblick aufgehört hätten, dem Gemeingebrauche zu unterliegen. [5])

Allerdings wird es nicht eben häufig vorkommen, daß ein Staat dem andern etwa eine Chaussee als solche überträgt. Warum indessen sollte dies nicht bei einer Grenzregulirung, also in der Weise sich ereignen können, daß an dem abgetretenen Stücke zugleich die Staatshoheit übertragen wird? Und auch ohne Verschiebung des Staatsgebietes läßt sich recht wohl die Zuertheilung des Miteigenthums einer Staatschaussee an einen andern Staat denken. Recht füglich nämlich können zwei befreundete Staaten übereinkommen, an beiden Seiten der sie trennenden Grenze für den gemeinsamen Gebrauch der beiderseitigen Staatsangehörigen eine Heerstraße so anzulegen, daß die Mitte der letztern gerade auf der Grenze herläuft. Würde die Ausführung dieser Uebereinkunft sich zunächst so denken lassen, daß jeder Staat das ganze Eigenthum des innerhalb seiner Grenze liegenden Stückes der Heerstraße, also Eigenthum pro parte divisa hat, so dürfte doch rechtlich auch der Möglichkeit nichts entgegenstehen, daß das Eigenthum der Heerstraße zwischen beiden Staaten ideell getheilt ist, mithin der pro parte indivisa dem privatrechtlichen Eigenthume des einzelnen Staates unterworfene Körper der Heerstraße über die Grenze dieses Staates hinüberreicht.

5) Vgl. auch §. 7 desselben Gesetzes, durch welchen gewisse Institute, „unter Uebertragung aller dem Staate bezüglich derselben und der dazu gehörenden Vermögensobjekte zustehenden Rechte und Verpflichtungen“ bestimmten Provinzialverbänden zur Verwaltung und Unterhaltung überwiesen werden.

Ja, die letztere Möglichkeit würde bei einer gemeinsamen Heerstraße weit besser als die erstere Rechte und Pflichten eines jeden beider contrahirenden Staaten auf ein bestimmtes Verhältniß zu denjenigen des andern setzen und vor allem für Anlage und Erhaltung der Heerstraße selbst ungleich zweckmäßiger sein, als jene, bei der jeder Staat einen körperlichen Theil der Straße zu bauen und zu bessern hätte. Das freilich wird nicht vorkommen, daß ein Staat an einer völlig innerhalb seines eignen Gebietes liegenden Heerstraße einem andern Staate das Miteigenthum einräumt; allein die Zweckwidrigkeit, welche dergleichen hindert, findet ihren Grund nicht darin, daß an Heerstraßen das privatrechtliche Eigenthum ausgeschlossen wäre, — sondern einfach in der durchaus privatrechtlichen Erwägung, daß ein Miteigenthum sinnlos ist, wenn die Art seiner Benutzung lediglich dem Einen der Miteigenthümer Vortheil gewährt.

Beziehen sich die bisher besprochenen Fälle auf publicistische Uebertragungsarten, so dürfte doch auch die Uebertragung einer res publica in publico usu mittels eines privatrechtlichen Geschäftes nicht ausgeschlossen sein. So setzt, irre ich nicht, die preußische Grundbuchordnung v. 5. Mai 1872 §. 2 Abs. 1 [6]) die Möglichkeit einer derartigen Uebertragung voraus, indem sie für den Fall der Veräußerung eines öffentlichen Landweges die Anlegung eines Grundbuchblattes für denselben vorschreibt. Ein berühmtes Beispiel der Veräußerung einer res publica in publico usu als solcher bildet der i. J. 1873 zwischen der Stadt Lüneburg und dem, dabei durch den Minister für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten vertretenen, preußischen Staate „für die Kunstsammlungen des Gewerbe-Museums zu Berlin oder eine andere öffentliche Kunstsamm-

6) Abgedruckt unten Ziffer 8 nach N. 40.

lung" abgeschlossenen Kaufvertrag über den s. g. Lüneburger Silberschatz.[6a]) Zu diesem Vertrage war allerdings die Zustimmung des preußischen Landtags insofern erforderlich, als derselbe den Betrag der Kaufsumme mit 220000 Thlr. zu bewilligen hatte. Dadurch aber ist das rein privatrechtliche Wesen des Vertrages in keiner Weise berührt,[6b]) wie denn dazu auch der für Privatkaufgeschäfte vorgeschriebene Stempel von 366 Thlr. 20 Slg. verwendet worden ist.[6c]) — Ein weiteres Beispiel knüpft an das vorhin erwähnte preußische Gesetz vom 8. Juli 1875. Jenes Gesetz überläßt es in §. 18 Abs. 3 den Provinzialverbänden, „die Verwaltung und Unterhaltung der ihnen überwiesenen Staatschausseen auf engere Kommunalverbände nach Maßgabe der mit denselben zu treffenden Vereinbarung

6a) Es ist dies eine Sammlung von 36 Stücken Silberzeug, meist Pokalen und Schüsseln, welche, ursprünglich zum Tafelschmucke oder auch zum wirklichen Gebrauche bestimmt, später als Gegenstände des Kunstgewerbes im Rathhause zu Lüneburg der Besichtigung zugänglich waren.

6b) Bei der Verhandlung im Abgeordnetenhause widersetzte sich der Abgeordnete Dr. Windhorst der Bewilligung des Kaufgeldes, aber keineswegs, weil er die formelle Zulässigkeit des Kaufgeschäftes bezweifelt hätte, sondern lediglich aus Pietätsrücksichten. Stenographische Berichte des Abgeordnetenhauses 1873/4 S. 1059—61.

6c) Preußisches Stempelgesetz v. 7. März 1822 Tarif unter „Kaufverträge über alle andere Gegenstände" (als Grundstücke) verbunden mit §. 3 unter i Abs. 2, wonach von derartigen Verträgen $^1/_3$ % des vertragsmäßigen Kaufpreises, sofern aber der Fiscus der eine der vertragsschließenden Theile ist, die Hälfte davon als Stempel zu entrichten ist. (Die Kenntniß des Vertrages verdanke ich dessen abschriftlicher Mittheilung durch den Oberbürgermeister von Lüneburg, Herrn Geh. Regierungsrath Otto Bauenstein).

zu übertragen." Gemäß dieſer Ermächtigung hat z. B. der hannoverſche Provinzialverband einzelne Chauſſeeſtrecken nebſt Zubehör (Grabenfeldern, Nebenſtreifen, Baumſchulen, Materialgewinnungsplätzen, Materiallagerplätzen, Weghäuſern u. ſ. w.) durch privatrechtlichen Vertrag an die Städte Hannover, Hildesheim, Göttingen, Linden und Harburg, in deren Bezirke jene Strecken liegen, zunächſt „zur Verwaltung und Unterhaltung" übertragen; dabei heißt es dann aber weiter: „ſämmtliche Chauſſeeſtrecken nebſt Zubehör gehen in das Eigenthum der Stadt über." [7]) Und ähnliche Uebertragungen ſind auch ſeitens andrer Provinzialverbände erfolgt. [7a])

Wenn öffentliche Straßen als ſolche nicht an Private veräußert werden, ſo beruht das nicht ſowohl auf der rechtlichen Undenkbarkeit einer derartigen Veräußerung, als vielmehr auf deren ſachlicher Zweckwidrigkeit: der erwerbende Privatmann würde einerſeits dem veräußernden Gemeinweſen hinſichtlich der künftigen Unterhaltung des Weges nicht die erforderliche Sicherheit bieten, und anderſeits von ſeinem Erwerbe trotz einer gewährten Unterhaltungsrente nicht den Vortheil haben, welcher ihn zur Uebernahme der Unterhaltungspflicht veranlaſſen könnte. Für eine Stadt dagegen, welche etwa das Eigenthum einer innerhalb des Stadtgebietes bisher dem Staate oder der Provinz gehörigen

7) Nach Mittheilung des Herrn Schatzrathes Müller in Hannover.

7a) So iſt es mir hinſichtlich der Provinzialverbände Sachſen und Pommern von mehreren Oberbürgermeiſtern und Bürgermeiſtern jener Provinzen mitgetheilt. Anfangs behielt der Verband an den „zur Verwaltung und Unterhaltung" übertragenen Chauſſeeſtrecken ſich wohl das Eigenthum vor; nachher aber überzeugte man ſich von der Zweckloſigkeit ſolchen Vorbehalts und übertrug nunmehr, wie in Hannover, auch das Eigenthum.

Straße übernimmt, liegt dieser Vortheil darin, daß sie als nunmehrige Eigenthümerin der Straße hinsichtlich derselben diejenigen Anordnungen treffen kann, welche ihr die Rücksicht auf die städtischen Verhältnisse gebietet, während der Staat oder die Provinz diese nicht zu berücksichtigen braucht, m. a. W. die von ihrem Standpuncte vollauf ausreichende Unterhaltung der Straße den städtischen Interessen nicht genügt.

Uebrigens steht der Uebertragung eines rechtlich dem Gemeingebrauche unterliegenden, insofern öffentlichen Weges mit dem im übrigen in völlig privater Benutzung stehenden, Grundstücke, über welches jener Weg führt, an einen Privaten und seitens eines Privaten keinerlei Bedenken entgegen; und nicht minder lassen sich dergleichen Verhältnisse im Wege des Vergleichs feststellen.

Vollends unzweifelhaft ist es, daß über die Art der Ausstattung und Unterhaltung öffentlicher Wege zwischen mehreren betheiligten Gemeinwesen rein privatrechtliche Verträge geschlossen werden können. [7b])

7b) So ist vor kurzer Zeit zwischen dem Kommunalverbande Cassel einerseits und der Stadt Marburg anderseits ein derartiger Vertrag zustandegekommen hinsichtlich der Bahnhofstraße in Marburg, welche als Stück der Chaussee zwischen Cassel und Frankfurt dem Kommunalverbande gehört. Durch diesen Vertrag hat sich der Kommunalverband zur Pflasterung der Fahrbahn in genau bestimmter Weise verpflichtet, die Stadt dagegen einen erheblichen Beitrag zu den Herstellungskosten der Pflasterung und die Herstellung des Bürgersteiges auf beiden Seiten der Fahrbahn übernommen. Das städtische Interesse erheischte die Pflasterung; den Interessen des Kommunalverbandes genügte die Chaussirung. So haben freilich öffentliche Interessen das Motiv zur Eingehung des Vertrages gebildet: sein Inhalt aber und die beiderseitige Rechtsgrundlage für denselben ist rein privatrecht-

8. Ist es nach den bisherigen Ausführungen nicht gelungen, irgend einen zwingenden Beweisgrund gegen das privatrechtliche Eigenthum eines Gemeinwesens an den ihm gehörigen Sachen in publico usu vorzubringen, so unterstützt umgekehrt eine ganze Reihe von Umständen die Annahme, daß das einem Gemeinwesen an derartigen Sachen zustehende Recht nichts Anderes sei, als das privatrechtliche Eigenthum.

Zunächst gehört hierher die von keiner Seite angezweifelte Thatsache, daß Nebennutzungen derartiger Sachen, wie Gras, Obst, Holz von öffentlichen Anlagen und Wegen, dem Staate oder der Gemeinde zukommen. [8]) Ob der römische Staat oder eine Gemeinde des römischen Reiches dergleichen bezogen hat, das ist uns m. W. allerdings nicht berichtet. Sollten indessen auch hier, wie doch kaum unwahrscheinlich ist, solche Bezüge vorgekommen sein, so ist es bei deren Geringfügigkeit gegenüber dem Capitalwerthe der sie ertragenden Grundstücke immerhin begreiflich, daß die römischen Juristen nicht viel davon reden. Dagegen würde jene Geringfügigkeit sie schwerlich abgehalten haben, dieselben als Ausfluß des privatrechtlichen Eigenthums anzuerkennen. Es ist schon nach dem oben Gesagten [9]) ganz irrig, daß, abgesehen von jenen Erträgen, zu einem Rechte an der Sache alles gefehlt habe, was zum Eigenthume ge-

lich, wie denn auch seine Erfüllung erforderlichenfalls beiderseits durch gewöhnliche gerichtliche Klage hätte erzwungen werden können. (Mittheilung des Herrn Oberbürgermeisters Schüler zu Marburg).

8) Urtheil des Schiedsgerichtes in der Baseler Sache v. 19. Nov. 1833 Erwägung 7a (in: Der Streit u. s. w. S. 50 f.) Ihering der Streit S. 40. Erwiderung S. 14 f. S. 17.

9) Ziffer 5 a. E. S. 62 f. Ziffer 7 S. 81 f.

hört, [10]) daß vom Eigenthume schließlich nichts als der bloße Ausdruck — ein Schatten ohne alle Realität — zurückgeblieben sei. [11]) Vor allem aber kennt unsere Rechtsordnung kein anderes Recht, aus welchem sich solche Bezüge herleiten lassen, als das privatrechtliche Eigenthum: ein Hoheitsrecht, welches „alle Befugnisse des Eigenthums in sich schließt," welches „mit privatrechtlichem Charakter" versehen ist, [12]) muß einstweilen als ein unerfindliches Recht gelten, — ganz zu schweigen davon, daß für die meisten der in Betracht kommenden Verhältnisse, wie wir sehen werden, [13]) nicht einmal von einem Hoheitsrechte an sich die Rede sein kann.

Etwas Aehnliches gilt hinsichtlich der Berechtigungen, welche ungeachtet des Gemeingebrauches an dem einem Gemeinwesen gehörigen Grundstücke diesem Gemeinwesen verbleiben „in Beziehung auf den Raum über und den unter dem ihm zugehörigen Stücke Erdoberfläche," sodaß „seine Einwilligung erforderlich" ist „zu Ueberbrückungen, ebenso wie zur Durchführung von Cloaken-, Wasser-, Gas-, Elektricitäts- u. s. w. Leitungen." [13a]) Diese Berechtigungen sind Ausflüsse des privatrechtlichen Eigenthums, nicht etwa eines Hoheitsrechtes, oder eines Polizeirechtes: sie finden auch statt zugunsten einer betheiligten Gemeinde, die weder Hoheits-, noch auch nur Polizeirechte hat. [14])

Weiter ist zu berücksichtigen l. 2 §. 17 D. ne quid in loco publ. 43, 8:

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Si quis nemine prohibente in

10) Ihering Erwiderung S. 15.
11) v. Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 9 S. 132.
12) Vgl. oben Ziffer 3 zu N. 24 f. S. 29.
13) S. unten Ziffer 9.
13a) Bekker a. a. O. §. 78 S. 340 f. Note p.
14) Vgl. die in Ziffer 9 nach N. 43 mitgetheilten Rechtsfälle aus Marburg.

publico aedificaverit, non esse cogendum tollere, ne ruinis urbs deformetur, et quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium . si tamen obstet id aedificium publico usui, utique is, qui operibus publicis procurat, debebit id deponere, si non obstet, solarium ei imponere: vectigal enim hoc sic appellatur solarium [15]) ex eo, quod pro solo pendatur.

Hat jemand unbefugt, jedoch ohne Einſpruch, auf einem im Gemeingebrauche befindlichen Grundſtücke ein Gebäude errichtet, welches nicht etwa des öffentlichen Intereſſe halber niedergelegt werden muß, ſo ſoll die Baubehörde des Staats oder der Gemeinde dasſelbe unter Auflegung eines Bodenzinſes, solarium, ſtehen laſſen. Ein ſolcher Bodenzins erklärt ſich auf das Beſte als eine dem Grundeigenthümer für die Gebrauchsüberlaſſung des Bauplatzes gebührende Entſchädigung. [16]) Es iſt nicht verſtändlich, wie dieſe Auffaſſung durch den Einwurf erſchüttert werden ſoll, ein solarium ſei auch für die geſtattete Benutzung des ius sepulchri denkbar, während doch ein locus religiosus nach römiſchem Rechte dem menſchlichen Eigenthume völlig entzogen geweſen ſei. [17]) Denn zunächſt würde ein römiſcher Juriſt in ſolchem Falle ganz gewiß nicht geſagt haben, der Zins werde pro solo bezahlt, — ſondern etwa: pro usu iuris sepulchri, würde alſo ſchwerlich von einem solarium geſprochen haben. [18]) Sodann aber ſteht es feſt, daß das römiſche Recht an einem befugterweiſe bereits zur Beerdigung

15) solarium *del.* Hal.
16) Dernburg Rechtsgutachten S. 15 §. 7.
17) Jhering Erwiderung S. 16 f.
18) Vgl. l. 32 D. de C. E. 18, 1 (Ulp. lib. 44. ad Sab.): Qui tabernas argentarias vel ceteras, quae in solo publico sunt, vendit, non solum, sed ius vendit, cum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad privatos pertinet.

benutzten Begräbnißplatze zwar das menſchliche Eigenthum völlig ausſchloß, dafür jedoch dem Beerdigungsberechtigten ein beſonderes ius sepulchri beilegte; es kann mithin keinem Zweifel unterliegen, daß es ſich in dem angeführten Falle um die Gebrauchsüberlaſſung jenes ius sepulchri, einer ebenſo bekannten, als wirklichen Größe, gehandelt haben würde. Wer dagegen im Falle der l. 2 §. 17 cit. als dasjenige Recht, für deſſen Benutzung der Bodenzins entrichtet wird, nicht das Grundeigenthum des Staates oder der Gemeinde anſieht, der iſt genöthigt, zuvor erſt noch das unſeren Quellen völlig unbekannte Recht zu erfinden, welches den Anſpruch auf jenen Zins gewährt: mit einem Hoheitsrechte hat derſelbe entſchieden nichts zu thun. [19])

Noch weit weniger wird die Zurückführung des solarium der l. 2 §. 17 cit. auf das Grundeigenthum von Staat oder Gemeinde durch v. Iherings [20]) ironiſche Frage widerlegt, ob überall, wo ein vectigal erwähnt werde, alſo z. B. bei Bergwerken und Salinen in Privatbeſitz (l. 17 §. 1 D. de V. S. 50, 16) und bei Marmorbrüchen (l. 10 Cod. Theod. de metall. et metallar. 10, 19), Eigenthum des römiſchen Staates anzunehmen ſei. Der Fragſteller hat nicht beachtet, daß ſich ihm unter Hand der beſondere Begriff des solarium in den viel allgemeinern des vectigal verwandelt hat.

Jenem solarium verwandt ſind Marktſtandsgeld, Schlachthausgebühren und drgl. [21]) Bei den Schlachthausgebühren tritt der rein privatrechtliche Charakter ganz unzweideutig heraus: ſie finden genau in der nämlichen Weiſe auch dann ſtatt, wenn die Gemeinde „das öffentliche, aus-

19) Vgl. auch unten Ziffer 9.
20) A. a. O. S. 16.
21) S. oben Ziffer 2 S. 27 zu N. 20. Dernburg a. a. O. S. 16.

ſchließlich zu benutzende Schlachthaus nicht ſelbſt errichtet, ſondern die Errichtung desſelben einem andern Unternehmer" überlaſſen hat,[22]) — mit dem einzigen Unterſchiede, daß alsdann anſtatt der Gemeinde dieſer andre Unternehmer jene Gebühren bezieht.

Beſonders beachtenswerth ferner iſt die Art, wie Juſtinian den Eigenthumserwerb des Staates oder der Gemeinde an der Hälfte des in loco publico vel fiscali gefundenen Schatzes begründet.[23])

§. 39 J. de R. D. 2, 1:

Thesauros, quos quis in suo loco invenerit, divus *Hadrianus* naturalem aequitatem secutus ei concessit qui invenerit . idemque statuit, si quis in sacro aut in religioso loco fortuito casu invenerit . at si quis in alieno loco non data ad hoc opera, sed fortuitu invenerit, dimidium domino soli concessit . et convenienter, si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit . cui conveniens est, ut, si quis in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis.

Hadrian hat dem Grundeigenthümer als ſolchem die Hälfte des in ſeinem Grundſtücke gefundenen Schatzes zugeſprochen. Wie dieſer Entſcheidung gemäß (convenienter) der Kaiſer die Hälfte des Schatzes erwirbt, der in einem zum Schatullgute gehörigen Grundſtücke gefunden wird, ſo erklärt Juſtinian es als nicht minder ihr entſprechend (conveniens), daß der in einem locus publicus vel fiscalis gefundene Schatz zur Hälfte dem Fiscus oder der Gemeinde zufalle. Er leitet alſo dieſen Erwerb geradezu aus dem Grundeigenthume des Staates oder der Gemeinde an den

22) Preuß. Geſ. v. 18. März 1868 §. 12.
23) Dernburg a. a. O. S. 16 f.

loca publica vel fiscalia her. Damit iſt es zugleich außer Frage geſtellt, daß der Ausdruck „vel fiscalis“ nicht als gleichbedeutende Erläuterung zu „publicus“ verſtanden werden darf, denn ſonſt ließe es ſich nicht erklären, wie eine Gemeinde die Hälfte des Eigenthums an dem in loco publico gefundenen Schatze erwerben ſollte. Vielmehr muß „publicus“ als Gegenſatz zu „fiscalis“ gelten und kann als ſolcher nichts Anderes bezeichnen als „einer Gemeinde gehörig.“ [23a]) In völlig unzweideutiger Weiſe beſtätigt dies die griechiſche Paraphraſe der Inſtitutionen. Die entſcheidenden Worte des §. 39 nämlich giebt ſie wieder: *ἐν πολιτικῷ* (nicht etwa: *πουβλίκῳ* oder *δημοσίῳ*) *τόπῳ ἢ φισκαλίῳ*, und in der Aufzählung der naturalen Eigenthumserwerbsarten zu §. 6 J. per quas pers. nob. adquir. 2, 9 ſagt ſie unter XIII:

τὸ θησαυρὸν εὑρεῖν ἐν ἰδίῳ τόπῳ ἢ σάκρῳ ἢ ρελεγιόσῳ κατὰ τύχην · εἰ γὲ ἀλλοτρίῳ, τοῦ ἡμίσεως γενήσεται δεσπότης εἴτε ἰδιώτου, εἴτε βασιλέως, εἴτε φίσκου, εἴτε πολιτικός (nicht etwa: *πούβλικος* oder *δημόσιος*) *ὁ τόπος ὑπάρχει.*

Schwerlich aber dürfen wir den damit für unſere Stelle gewonnenen Begriff des locus publicus = locus civitatis auf ſolche Grundſtücke beſchränken, welche zum patrimonium civitatis gehören. Zunächſt würde dieſe beſchränkte Bedeutung zu dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, der das publicus vorzugsweis auf den Gemeingebrauch bezieht, [23b]) in ſo ſtarken Gegenſatz treten, daß ſie nur mittels

23a) So für das Recht Juſtinians Schrader ad h. l. Zuſtimmend auch Czyhlarz in dieſem Commentar Serie der Bücher 41 und 42 Thl. 1 §. 1728 S. 240. Das „in publico loco“ entſpricht alſo dem „civitatis,“ das „in — loco fiscali“ dem „fisci.“ Schrader kritiſche Note ad h. l. ad v. *in publico vel fiscali.*

23b) Wie z. B. bei ſämmtlichen vier im 8. Titel dieſes

einer ausdrücklichen Erläuterung auf Verständniß rechnen dürfte: eine solche jedoch fehlt hier völlig. Sodann aber würde bei der beschränkten Bedeutung des locus publicus der sichtlich auf Vollständigkeit seiner Erörterung abzielende §. 39 betreffs der dem Gemeingebrauche unterliegenden Grundstücke eine empfindliche Lücke aufweisen. Umgekehrt werden wir den Ausdruck „locus fiscalis“ sowohl von solchen Grundstücken zu verstehen haben, welche zum patrimonium fisci gehören, als von solchen, welche dem Gemeingebrauche unterworfen sind.

Somit ergiebt sich aus §. 39 cit., daß nach Justinians Meinung auch die im Gemeingebrauche stehenden Grundstücke Eigenthum des Staates oder der Gemeinden sind.

v. Ihering[24]) freilich hält dies für trügerischen Schein. Zunächst, meint er, erkläre Justinians Redewendung sich zur Genüge aus dem unzweifelhaften Rechte des Fiscus, sich alle Nebenerträge der res publicae anzueignen, „also rücksichtlich ihrer die Stelle des Eigenthümers zu vertreten.“ Allein wie dürfte der Kaiser den Erwerb des in publico loco gefundenen Schatzes auf das Grundeigenthum zurückführen, wenn derselbe in der That auf einem vom Eigenthume wesentlich verschiedenen Rechte beruhte? Das würde doch nur unter der Voraussetzung zulässig sein, daß in letzterm Rechte der gesammte Inhalt des Eigenthums mitenthalten wäre. Ein derartiges Recht aber ist, wie erwähnt, unsrer Rechtsordnung ganz unbekannt.[25])

Sodann stellt v. Ihering dem §. 39 J. cit. ent-

Buches behandelten Interdicten. S. unten Ziffer 13 a. E.

24) Erwiderung S. 17 f.

25) S. oben S. 95 zu N. 12.

gegen l. 3 §. 10 D. de J. F. 49, 14. Dieſe Stelle ſagt:

(*Callistrat.* lib. 3. de iure fisci.) Si in locis fiscalibus vel publicis religiosisve aut in monumentis thensauri reperti fuerint, divi fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his fisco vindicaretur: item si in Caesaris possessione repertus fuerit, dimidiam aeque partem fisco vindicari.

„Wie nun," fragt der genannte Gelehrte, „wenn ich ſchließe: weil die Hälfte des Schatzes, die bei Privatgrundſtücken dem Eigenthümer gebührt, hier (nämlich bei „in locis religiosis aut in monumentis" gefundenen Schätzen) dem Fiscus zuerkannt wird, letzterer mithin auch hier die Stelle des Eigenthümers vertritt, ſo hat der Fiscus Eigenthum an den locis religiosis?" Dabei aber iſt nicht berückſichtigt, daß der Standpunct der l. 3 §. 10 cit. ſich weſentlich von demjenigen des §. 39 cit. unterſcheidet. §. 39 führt allerdings den Erwerb der Hälfte des Eigenthums einem in loco publico vel fiscali gefundenen Schatze auf das Grundeigenthum der Gemeinde oder des Fiscus zurück, alſo auf ein Eigenthum nach menſchlichem Rechte. Weil ein ſolches Eigenthum an res sacrae und religiosae den Römern ſchlechthin undenkbar war, ſo konnte ein Anſpruch des Fiscus auf die eine Hälfte des in loco sacro oder religioso gefundenen Schatzes unter keinerlei Umſtänden auf das Grundeigenthum des Fiscus geſtützt werden; die Verfügung über dieſe Hälfte blieb alſo dem Geſetzgeber offen. Von dieſer Möglichkeit hat Hadrian in der Weiſe Gebrauch gemacht, daß er das ganze Eigenthum jenes Schatzes dem Finder zuerkannte. Wenn die divi fratres dem Finder nur die Finderhälfte gewährten, die andre Hälfte dagegen dem Fiscus gaben, ſo läßt ſich das dem letztern damit eingeräumte Recht nur als ein fiscaliſches Privilegium auffaſſen. Es leuchtet ein, daß damit diejenige Erklärung für

den Eigenthumserwerb des Fiscus an der Hälfte des in einem dem Gemeingebrauche dienenden locus fiscalis (= locus publicus im Sinne v. Iherings) nicht widerlegt werden kann, welche §. 39 cit. im Grundeigenthum des Fiscus an solchem Platze erblickt. [26])

Nicht glücklicher sind die beiden Angriffe Kappelers[27]) gegen die Beweiskraft dieser Stelle.

Der eine derselben geht von der Lesart aus: si quis in fiscali loco vel publico vel civitatis invenerit, und will danach fiscalis locus erklären als locus publicus, qui in pecunia populi vel civitatis est, sodaß also die Stelle von den loca publica in publico usu gar nicht rede. Sprechen jedoch gegen diese beschränkte Bedeutung von locus publicus schon die S. 99 f. vorgebrachten sachlichen Gründe,

26) S. auch Wappäus a. a. O. S. 92 f. Eisele a. a. O. S. 10.

Eine ganz andere Frage bleibt es, wie sich zu der Entscheidung des §. 39 über den Erwerb einer Gemeinde an der Hälfte des in einem ihr gehörigen locus publicus gefundenen Schatze die Entscheidung verhalte, die l. 3 §. 10 cit. über den Erwerb des Fiscus an dem in locis publicis gefundenen Schatze getroffen hat. Die Erörterung jedoch dieser Frage gehört selbst dann nicht hierher, wenn man mit Czyhlarz a. a. O. S. 240 ff. annimmt, daß die letztere Stelle in der maßgebenden Beziehung unterscheidet zwischen dem locus in patrimonio civitatis und dem locus civitatis publico usui destinatus. Denn dieser Unterschied negirt an einem locus der letztern Art zwar „das gewöhnliche Privateigenthum," — nicht aber das Eigenthum der Gemeinde überhaupt, ebensowenig, wie durch den Erwerb, den nach l. 3 §. 10 cit. der Fiscus an dem in monumentis gefundenen Schatze macht, das Eigenthum an einem noch nicht zum locus religiosus gewordenen monumentum (l. 6 §. 1 D. de relig. 11, 7) geleugnet wird.

27) A. a. O. S. 29 ff.

und darf sodann ein locus civitatis sicherlich nicht als locus fiscalis bezeichnet werden (wie ja gleich hinterher der Erwerb des fiscus von demjenigen der civitas ausdrücklich unterschieden ist), so scheitert Kappelers Erklärung vollends an der Unhaltbarkeit der Lesart: die Wörter „vel civitatis" sind, ohne Zweifel im Hinblick auf die Schlußworte „fisci vel civitatis," in einzelnen Handschriften willkürlich beigefügt; die griechische Paraphrase hat sie nicht.[28]) — Der zweite Angriff Kappelers nimmt den entscheidenden Ausdruck „domino soli" in so weitem Sinne, daß darunter auch der Staat als Inhaber des imperium begriffen sei. Allein mag immerhin dominium neben Anderm auch das Hoheitsrecht des Staates bezeichnen, so muß doch kurzweg bestritten werden, daß unter dem „dominus soli" unsrer Stelle ein Andrer als der privatrechtliche Eigenthümer des Grundstücks gemeint sein könne.

Eisele endlich, welcher die letztere Bemerkung ausspricht,[29]) glaubt, der daraus gezogenen Schlußfolgerung auf das privatrechtliche Eigenthum des Staates oder der Gemeinde an loca publica durch die Behauptung zu entgehen, die Institutionenverfasser haben in dem Folgenden entweder zwischen dem privatrechtlichen Eigenthümer und dem publicistischen überhaupt nicht unterschieden, oder jedenfalls es für überflüssig gehalten, die Unterscheidung zum Ausdrucke zu bringen, da der publicistische Eigenthümer in Beziehung auf den Schatzerwerb genau so stehe, wie der privatrechtliche.[30]) Wir stoßen also auch hier wieder auf ein ungreifbares Gebilde, ein „publicistisches Eigenthum," dessen Begriff sich in voller Uebereinstimmung sowohl mit

28) Vgl. die kritische Note der Schraderschen Ausgabe zu den Worten: *in publico loco vel fiscali.*
29) A. a. O. S. 10.
30) A. a. O. S. 26.

dem allgemeinen Charakter des öffentlichen Rechtes befinden soll, als mit dem formellen Typus des Eigenthums —: ein solches Recht ist bis jetzt unserer Rechtsordnung fremd und wäre in der That wie wir sehen werden, [31]) obendrein nicht allein völlig überflüssig, sondern für viele der hierher gehörigen Sachen geradezu undenkbar. Sicherlich aber läßt sich eine verschiedene Bedeutung der Ausdrücke convenienter und conveniens est in dem authentischen Texte unsrer Stelle nicht einmal wahrscheinlich machen mit der Thatsache, daß die griechische Paraphrase den ersten wiedergiebt mit *οὐκοῦν ἀκολούθως* (consequenter), den andern mit *ὡσαύτως* (similiter).

Wie hiernach also Staat und Gemeinde von den in loca publica (vel fiscalia) in publico usu gefundenen Schätzen diejenige Hälfte des Eigenthums erwerben, welche dem Grundeigenthümer zufällt, so werden sie umgekehrt als Grundeigenthümer der Gebäude, Plätze und Straßen in publico usu verpflichtet, wegen einer von diesen einem Nachbarn oder Anlieger drohenden Gefahr cautio damni infecti zu bestellen, wenn sie es nicht vorziehen, den gefahrdrohenden Zustand zu beseitigen. [32]) Wie dagegen ein

31) S. unten Ziffer 9.

32) So hat vor einigen Jahren die Stadt Marburg dem Anlieger einer mit Bäumen bepflanzten Straße diese Caution wegen eines angeblich morschen Baumes bestellt, den sie nicht fällen lassen mochte. — Wenn es in l. 24 pr. D. de dam. inf. 39, 2 (Ulp. lib. 81. ed.) heißt: ad ea igitur opera stipulatio pertinet, quaecumque privatim fiant . quid ergo, si publice opus fiat, de vitio eius quid faciemus? et plane vel princeps adeundus est vel, si in provincia fiat, praeses provinciae, — so beruht das auf dem römischen Staatsrechte, welches hier die magistratische Zwangsgewalt versagte und dafür auf den Weg des Bittgesuches verwies. Grund-

Hoheitsrecht oder ein Polizeirecht zu jener Caution verpflichten solle, das ist nicht wohl zu verstehen.

Nur aus dem privatrechtlichen Eigenthume ferner erklärt es sich, daß die Gemeinde, welcher eine res in publico usu „gehört," in genau derselben Weise, wie sie über Kämmereigut verfügt, darüber beschließt, ob und mit welchem Materiale z. B. ein öffentlicher Weg oder Platz gepflastert, ob er mit Bäumen, und mit welcherlei Bäumen er etwa bepflanzt werden solle; ob, wann und wie eine Ausbesserung stattfinde, u. s. w. Selbst wenn es anginge, mit Rücksicht auf den usus publicus der Gemeinde ein „Hoheitsrecht" an einem öffentlichen Platze oder Wege beizulegen, so würde aus dem Hoheitsrechte doch nimmer eine derartige Befugniß herzuleiten sein.

Die Möglichkeit der Vindication von res publicae in publico usu, welche v. Ihering [33]) ganz willkürlich leugnet, bildet freilich im römischen Rechte keinen Beweisgrund für das Privateigenthum des vindicirenden Gemeinwesens an diesen Sachen. Denn, wie Eisele [34]) richtig bemerkt, sind bei den Römern auch publicistische Rechte, insbesondere auch das Recht einer Gemeinde auf die Zugehörigkeit eines bestimmten Grundstückes zu ihrer Feldmark, in den Formen des Civilprocesses geschützt worden, ohne Zweifel namentlich in der Form der Vindication. [35])

sätzlich aber ist in l. 24 pr. cit. der Anspruch auf die Caution auch gegenüber dem Staate anerkannt, und heute wird er in gewöhnlicher Weise geltend gemacht. Kappeler a. a. O. S. 119. Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39 und 40 Thl. 2 Ziffer 53 S. 662 ff.

33) Erwiderung S. 14. A. M. Wappäus a. a. O. S. 103.

34) A. a. O. S. 36 zu N. 3.

35) Gromatici veteres ed. Lachm. p. 17 sq. p. 52 v. 14 sqq.—p. 53 v. 15. Daß es sich hier in der That

Anders dagegen ist dies im heutigen Deutschland: hier gehören Streitigkeiten über publicistische Rechte vor die Verwaltungsbehörden, nicht vor die bürgerlichen Gerichte. Insbesondere unterliegen Streitigkeiten über die bestehenden Grenzen eines Gemeindebezirkes der administrativen Entscheidung,[35a]) in Preußen im Verwaltungsgerichtsverfahren.[36]) Ebenso ist im Verwaltungswege darüber zu entscheiden, ob ein Weg ein öffentlicher sei.[37]) In Preußen geschieht dies ebenfalls im Verwaltungsgerichtsverfahren, und es bleibt demjenigen, welcher dadurch verletzt zu sein behauptet, daß ein Weg für einen öffentlichen erklärt worden ist, der ordentliche Rechtsweg nur für den Anspruch auf Entschädigung gegen den Wegebauverpflichteten.[38])

um die Zugehörigkeit eines Grundstücks zur Feldmark (territorium) der Gemeinde, also um ein Verhältniß des öffentlichen Rechtes, handelt, zeigt namentlich p. 53 v. 9 sqq.: tum res publicae controversias de iure territorii solent movere, quod aut indicere munera dicant oportere in ea parte soli, aut legere tironem ex vico, aut vecturas aut copias devehendas indicere eis locis, quae loca res publicae adserere conantur. — Dagegen beweiset m. E. gegen die privatrechtliche Natur der vindicatio der Umstand nichts, daß diese Klage nach der nämlichen Quelle p. 22 v. 9—p. 23 v. 4 auch bei loca sacra et religiosa stattfand. Hieraus folgt vielmehr nur, daß das ius divinum in Beziehung auf diese Klage mit dem ius humanum übereinstimmte, m. a. W., daß durch sie auch das Privateigenthum der Götter ebenso geschützt wurde, wie dasjenige der Menschen.

35a) Seufferts Archiv Bd. IV Nr. 251 unter 2. OAG. Stuttgart.

36) Zuständigkeitsgesetz v. 1. Aug. 1883 §. 9 Abs. 1. §. 26 Abs. 1.

37) G. Meyer Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes Thl. 1 §. 162 S. 489.

38) Preuß. Ges. v. 19. März 1881, betr. die Abänderung

Gleichwohl ist auch heute noch der ordentliche Rechtsweg der allein zulässige, wenn es sich darum handelt, welchem von zwei Gemeinwesen ein von beiden als öffentlicher anerkannter Weg gehöre.[39]) Das Gleiche gilt, wenn es ungewiß ist, wie die Grenze zwischen den körperlichen Theilen läuft, nach welchen ein unstreitig öffentlicher Platz Mehreren gehört.[39a]) Nicht minder kann es von der gerichtlichen Entscheidung eines Eigenthumsstreites abhangen, ob und wie weit das streitige Grundstück öffentlicher Weg oder Platz sei, da selbstverständlich die Verwaltungsverfügung, welche jenem Grundstücke diese Eigenschaft verleihen wollte, nur dann und nur soweit wirken kann, wenn und als das Gemeinwesen selbst, für welches jene Verfügung wirken soll, an dem Grundstücke überhaupt ein Recht hat.

Zutreffend weiset Wappäus[40]) auch darauf hin, daß der Fiscus mit der rei vindicatio die Bücher verfolgen könne, welche aus einer dem Gemeingebrauche bestimmten Staatsbibliothek abhanden gekommen sind, oder die Steine, welche jemand unbefugt aus dem auf einer Staatschaussee neu aufgeschütteten Aufschlage weggefahren hat.

Es ist endlich nicht wohl zu verkennen, daß die moderne Gesetzgebung auch die Grundstücke in publico usu geradeso für Gegenstände des privatrechtlichen Eigenthums hält, wie die zum patrimonium fisci vel civitatis gehörenden.

von Bestimmungen der Kreisordnung für die sechs östlichen Provinzen v. 13. Dec. 1872 und die Ergänzung derselben. Vgl. Ges. über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen v. 11. Mai 1842 §. 4.

39) Meyer a. a. O.

39a) So ist z. B. das nordwestliche Stück des zur öffentlichen Anlage umgestalteten Kirchhofs um die Elisabethkirche zu Marburg reell getheilt zwischen Kirche und Universität.

40) A. a. O. S. 103.

So bestimmt die preußische Grundbuchordnung v. 5. Mai 1872 §. 2 Abs. 1 wörtlich:

Für Domänen und andere dem Staat gehörige Grundstücke, für Grundstücke der Kirchen, Klöster, Schulen und Gemeinden, für Eisenbahnen und öffentliche Landwege bedarf es der Anlegung eines Grundbuchblattes nur im Fall der Veräußerung [40a]) oder Belastung, oder wenn von dem Eigenthümer oder einem Berechtigten darauf angetragen wird.

Eben deshalb ist es auch erforderlich gewesen, bei der Einführung einer allgemeinen Grund- und Gebäudesteuer ausdrücklich zu erklären, daß diejenigen Grundstücke und Gebäude des Staates und der Gemeinden, welche dem Gemeingebrauche unterliegen, von jenen Steuern befreit bleiben sollen. [41]) Daß dagegen Hoheits- oder Polizeirechte

40a) Nach Mittheilung des Herrn Schatzrathes Müller in Hannover ist die Umschreibung nicht erfolgt bei den oben Ziffer 7 zu N. 7 S. 92 erwähnten Uebertragungen von Chausseestrecken seitens des Provinzialverbandes an Städte; wohl dagegen erfolgt sie bei den häufig vorkommenden Veräußerungen bloßer Zubehörungen oder solcher Streifen von Chausseebreiten, die damit dann dem Gemeingebrauche entzogen werden, an Private, namentlich an Anlieger.

41) Preuß. Ges. v. 21. Mai 1861 betr. die anderweite Regulirung der Grundsteuer §. 4: „Befreit von der Grundsteuer bleiben: — c. die den Provinzen, den kommunalständischen Verbänden, den Kreisen, den Gemeinden oder zu selbständigen Gutsbezirken gehörenden Grundstücke, sofern sie zu einem öffentlichen Dienste oder Gebrauche bestimmt sind, insonderheit also: Gassen, Plätze, Brücken, Fahr- und Fußwege, Leinpfade, Bäche, Brunnen, schiffbare Kanäle, Häfen, Werfte, Ablagen, Kirchhöfe, Begräbnißplätze, Spaziergänge, Lust- und botanische Gärten, sowie lediglich zur Bepflanzung öffentlicher Plätze,

derartigen Steuern nicht unterliegen, erscheint von vornherein als selbstverständlich: dies noch ausdrücklich im Gesetze auszusprechen, wäre mindestens höchst überflüssig gewesen.

9. Sprechen diese mancherlei Thatsachen für das privatrechtliche Eigenthum des Staates oder der Gemeinden an den res publicae in publico usu, so dürfte es umgekehrt nicht schwer sein, zu zeigen, daß zum Wesen jener Sachen ein Hoheitsrecht oder ein Polizeirecht des Staates oder der Gemeinden an ihnen nicht gehört.

Von verhängnißvollem Einflusse auf die Entwickelung der von uns bekämpften Meinung scheint es gewesen zu

Straßen und Anlagen bestimmte Baumschulen." Nach Ges. v. 12. März 1877 Art. I sind den aufgezählten von der Grundsteuer befreiten Grundstücken „auch die Deichanlagen der Deichverbände und die im öffentlichen Interesse staatlich unter Schau gehaltenen Privatdeiche beizuzählen." Preuß. Ges. v. 21. Mai 1861, betr. die Einführung einer allgemeinen Gebäudesteuer §. 3: „Befreit von der Gebäudesteuer sind: — 2) diejenigen Gebäude, welche dem Staate, den Provinzen, den kommunalständischen Verbänden, den Kreisen oder den Gemeinden, resp. zu selbständigen Gutsbezirken gehören, insofern sie zu einem öffentlichen Dienst oder Gebrauch bestimmt sind, insonderheit also die zum Gebrauche öffentlicher Behörden oder zu Dienstwohnungen für Beamte bestimmten Gebäude, als: Militär-, Regierungs-, Justiz-, Polizei-, Steuer- und Postverwaltungsgebäude, Kreis- und Gemeindehäuser sowie Bibliotheken und Museen; 3) Universitäts- und andere zum öffentlichen Unterrichte bestimmte Gebäude; — 6) Armen-, Waisen- und Krankenhäuser, Aufbewahrungs- und Gefängnißanstalten" u. s. w. — Das Reichsgesetz v. 25. Mai 1873 §. 1 Abs. 2 hat „die im Eigenthume des Reichs befindlichen Gegenstände den im Eigenthume des einzelnen Staates befindlichen gleichartigen Gegenständen" hinsichtlich der Befreiung von Steuern und sonstigen dinglichen Lasten gleichgestellt.

sein, daß die Untersuchung ihren Ausgang von Festungswerken genommen hat. Gerade an Festungswerken nämlich überwiegt das öffentlichrechtliche Interesse des Staates jedes andre rechtliche Interesse so sehr, daß der Betrachter leicht geneigt wird, das letztere nur als mehr oder minder nebensächliche Zuthat zum erstern zu halten. Es dürfte sich deshalb empfehlen, unsere Betrachtung umgekehrt mit solchen res publicae in publico usu zu beginnen, bei denen das öffentliche Interesse, so wesentlich dasselbe immerhin bleibt, nicht in gleichem Maße das privatrechtliche in den Hintergrund drängt.

Sehen wir uns also zuerst die öffentlichen Wege und Plätze in den Städten an. Bekanntlich steht in vielen deutschen Staaten die Polizeiverwaltung mancher Städte, besonders größerer, dem Staate zu, [42]) und zwar auch hinsichtlich der Straßen und Plätze. Im übrigen wird das rechtliche Verhältniß der Gemeinde zu den Straßen und Plätzen durch die staatliche Polizei gar nicht geändert. Wohl aber stellt das Dasein der letztern es ganz außer Frage, daß an den ihr unterliegenden Straßen und Plätzen das Recht der Gemeinde ein Polizeirecht nicht ist. Noch viel weniger darf von einem Hoheitsrechte der Gemeinde daran die Rede sein: ein solches ist bei einer dem Staate untergeordneten Gemeinde völlig undenkbar. [43]) Wollen wir also nicht etwa mit Eisele den unbekannten Begriff eines „publicistischen Eigenthums" annehmen, so können wir das Recht der Gemeinde an den Straßen und Plätzen für gar nichts Anderes halten, als für privatrechtliches Eigenthum.

42) G. Meyer Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes 3. Aufl. §. 111 S. 307 zu N. 3.

43) Vgl. Wappäus a. a. O. S. 96 unter a. Kappeler a. a. O. S. 24. Windscheid Lehrb. Bd. I §. 146 N. 17. Eisele a. a. O. S. 16 f.

Insbesondere giebt es zu seinem Schutze nur den ordentlichen Rechtsweg; ein Verwaltungsverfahren würde hier völlig gegenstandslos sein.

Wir glauben dies mit großer Deutlichkeit an einem Falle zeigen zu können, welcher gegen Ende des vorletzten Jahrzehntes in Marburg vorgekommen ist. Der Eigenthümer eines an der Straße „Neustadt" daselbst belegenen Grundstücks hatte um die baupolizeiliche Genehmigung zum Bau eines Hauses nachgesucht, welches nach dem vorgelegten Entwurfe mit dem ersten und dem zweiten Stockwerke weit in den Luftraum über der städtischen Straße vorspringen sollte. Obwohl die seitens der staatlichen Polizeibehörde, dem königlichen Landrathsamte, vor Ertheilung der Baugenehmigung in herkömmlicher Weise befragten städtischen Behörden sich entschieden gegen jene Vorbauten ausgesprochen hatten, ertheilte das Landrathsamt die Genehmigung zu denselben, weil sie ein öffentliches Interesse nicht verletzen, die Eigenthumsrechte der Stadt aber in keiner Weise berühren würden. Die Rechte der Gemeinde an einer Straße seien nämlich nicht mit den Rechten eines Privateigenthümers vollständig gleich. Während der Privateigenthümer vollständig und unbeschränkt auch Herr über die Luftsäule über seinem Grunde und Boden in der Weise sei, daß er seinem Nachbarn jeden Eingriff in diese Luftsäule verbieten könne, z. B. nicht zu dulden brauche, daß Letzterer aus einem Fenster eine Fahne über sein Eigenthum aushänge, eine Marquise darüber hängen lasse, ein über die Grenze herüber gehendes Fenster anlege und dergleichen mehr, könne eine Gemeinde dem an einer Straße wohnenden Hausbesitzer nicht in gleicher Weise die Mitbenutzung der Luftsäule untersagen, weil die Straße öffentliches Eigenthum sei. Die Polizeibehörde habe vielmehr das Recht, Benutzungen der Luftsäule über der Straße, soweit damit keine Mißstände verknüpft seien, sogar gegen

die Einsprache der Stadtbehörden zu gestatten. So greifbar in diesem Bescheide die Verwechselung heraustrat zwischen dem usus publicus an einer Straße und deren den Gemeingebrauch geradezu ausschließendem Gebrauche durch eine dauernde Anlage, so überraschend wurde jene Verwechselung noch überboten in der Belehrung, welche der Landrath von der damaligen königlichen Regierung zu Cassel über die Frage einholte, ob der Polizeibehörde das Recht zustehe, solche Vorbauten zu gestatten. Die Regierung erklärte nämlich, nach der, für ihren Bezirk von ihr, und zwar ohne Mitwirkung der betheiligten Städte, erlassenen Bauordnung stehe den Polizeibehörden die Genehmigung der Vorbauten zu, habe demnach auch im vorliegenden Falle ertheilt werden können. Die einschlagende Bestimmung der angeführten Bauordnung (§. 14) aber lautet: „Alle über die festgesetzte Baufluchtlinie vorspringenden Baulichkeiten sind, wenn sie die Bürgersteige beschränken, nur nach dem Ermessen der Polizeibehörde zulässig.“ Auf die Mittheilung jener Rechtsbelehrung erwiderte der Oberbürgermeister durchaus zutreffend, es sei unerfindlich, wie aus der angezogenen Bestimmung der Bauordnung gefolgert werden könne, daß zu Vorbauten in die städtische Straße oder deren Luftsäule unter Ausschluß der Zustimmung der städtischen Behörde die polizeiliche Gestattung allein genüge, während doch daraus zu folgern stehe, daß außer der städtischen Erlaubniß polizeiliche Gestattung soweit erforderlich bleibe, als es sich um die Straßenpolizei, Fürsorge gegen die Beeinträchtigung der Passage, handle. Dem Bauherrn aber wurde mit Ermächtigung des Stadtrathes eröffnet, die Stadt werde sofort gerichtlich gegen ihn vorgehen, [44]) wenn er den

44) Und zwar mit der negatoria in rem actio. Dem interdictum Quod vi aut clam würde wegen der polizeilichen Baugenehmigung eine exceptio entgegen-

Bau so ausführe, wie derselbe polizeilich genehmigt war; er setze sich also der Gefahr aus, zum Abbruche der in das städtische Eigenthum vorspringenden Theile des Hauses verurtheilt zu werden. Nach dieser Vorstellung stand der Bauherr von den städtischerseits ihm verbotenen Vorbauten ab; die Stadt aber erlaubte ihm nunmehr, in geringerm, als dem anfänglich beabsichtigten, Maße über die Straße vorzubauen.

In anerkennenswerthem Gegensatze zu den mitgetheilten irrigen Entscheidungen des Landrathsamtes zu Marburg und der königlichen Regierung zu Cassel beruht eine vor etwa sechs Jahren ergangene Verfügung des Oberpräsidenten zu Cassel auf der richtigen Unterscheidung zwischen dem privatrechtlichen Eigenthume der Stadt Marburg an den städtischen Straßencanälen einerseits und deren polizeilicher Behandlung anderseits. In einem von der königlichen Regierung bestätigten Ortsstatute hatte die Stadt die Bedingungen aufgestellt, unter welchen sie den Straßenanliegern den Anschluß von Seitencanälen an die städtischen Canäle widerruflich gestatten will. Der Landrath beantragte darauf im Beschwerdewege beim Oberpräsidenten die Beseitigung dieser Bestimmungen. Der Bescheid jedoch wies jenen Antrag zurück, weil die städtischen

gestanden haben. l. 3 §. 4. l. 7 §. 4 D. quod vi 43, 24.

Angesichts dieser Möglichkeit dürfte es mindestens nicht gerade sachdienlich genannt werden, wenn, wie es nicht selten geschieht, die staatliche Polizeiverwaltung die polizeiliche Genehmigung zum Aufreißen einer städtischen Straße zwecks Anlage von Canälen, Gas- oder Wasserleitungs-Anschlüssen ertheilt, ohne dabei auf die rechtliche Nothwendigkeit einer weiter erforderlichen Genehmigung der Stadt als der Eigenthümerin der Straße hinzuweisen.

Behörden zur Feststellung jener Bedingungen befugt, die Bedingungen an sich aber polizeilich unbedenklich seien, da nach ihnen die Erlaubniß zur Anlegung eines Seitencanals nur im Einverständnisse mit der Polizeiverwaltung versagt werden kann. [44a])

Eine der erwähnten Bedingungen lautet: „In Anerkennung der Widerruflichkeit der Anlage und dessen, daß jeder Besitznachfolger den in Bezug auf die Anlage des genehmigten Seitencanals festgesetzten Beschränkungen sich zu unterwerfen hat, ist der Antragsteller verpflichtet, die Eintragung der Bedingungen der genehmigten Canalanlage im Grundbuch zu veranlassen, oder ebenso, wie seine Besitznachfolger, eine jährliche, am 1. April fällige Gebühr von 25 Pfg. zu entrichten." Es leuchtet ein, daß diese Gebühr nicht auf einem Hoheits- oder einem Polizeirechte beruht, sondern einfach auf dem privatrechtlichen Eigenthume der Stadt an den Straßencanälen, dessen servitutfreies Dasein gegenüber der thatsächlichen Einführung eines Seitencanals dadurch zur Anerkennung gelangt. Das Verhältniß zwischen der Gemeinde und dem Inhaber des an den städtischen Canal anschließenden Seitencanals ist ein precarium servitutis; die Stadt würde mittels des interdictum de precario die Beseitigung des Seitencanals erzwingen können. [45])

Aehnlich pflegt die Stadt eine Recognitionsgebühr auszubedingen, wenn sie gestattet, Treppenstufen auf den städtischen Bürgersteig zu setzen oder Thüren oder Fenster nach einem städtischen Gäßchen zu anzulegen, welches nicht für die Bebauung mit Häusern bestimmt ist: es geschieht dies zur Wahrung ihres servitutfreien Eigenthums; mit

44a) Mittheilung des Herrn Oberbürgermeisters Schüler zu Marburg.

45) S. l. 2 §. 3. l. 3 D. de prec. 43, 26.

einem Polizeirechte, oder gar mit einem Hoheitsrechte hat es nichts zu thun. [46])

Daß vollends von einem derartigen Rechte überhaupt nicht die Rede sein könne bei denjenigen res publicae, welche nicht sowohl dem allgemeinen Gebrauche unterliegen, als vielmehr dem öffentlichen Dienste, wie Parlamentshäuser, Ministerial-, Verwaltungs-, Gerichtsgebäude, Gefängnisse, Spritzenhäuser u. s. w., — das dürfte sich von selbst verstehen, wird aber um so deutlicher, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß ein Gemeinwesen die zum öffentlichen Dienste erforderlichen Räume ja auch miethweise innehaben kann. Entsteht nämlich durch den Miethvertrag z. B. über ein Gebäude zwecks dessen Benutzung als Landrathsamt oder als Steueramt nimmer ein Polizeirecht oder ein Hoheitsrecht daran, so ist in der That nicht abzusehen, wieso ein solches Recht dann gegeben sein müßte, wenn dasselbe Gebäude Eigenthum des Staates wird. Worin sollte hier ein derartiges Recht sich äußern? Dagegen ist es durchaus begreiflich, daß das Gebäude im letztern Falle ohne weiteres dem Rechtsverkehre und der ordentlichen Ersitzung entzogen wird: hat es doch eben als Eigenthum eines Gemeinwesens dauernd seine Bestimmung für den öffentlichen Dienst erhalten. [47])

46) Eine wesentlich andere Bedeutung hat die Recognitionsgebühr, welche sich eine Gemeinde dafür zahlen läßt, daß sie Neubauten, Um- und Ausbauten über die offengelegte Straßenfluchtlinie gestattet (preuß. Ges. v. 2. Juli 1875 §. 11): diese Gebühr sichert der Gemeinde, daß die gestattete Neuanlage ohne Anspruch auf Entschädigung für die durch den Umbau entstehende Wertherhöhung beseitigt werde, sobald es zwecks Ausführung der Fluchtlinie zur Enteignung kommen sollte.

47) S. oben Ziffer 6 zu Anf. — Vgl. Dernburg Rechtsgutachten S. 17 f. Doch ist es schwerlich ein glücklicher

Am allerwenigsten ist ein mit dem Inhalte des privatrechtlichen Eigenthums verbundenes Hoheits- oder Polizeirecht anzunehmen bei solchen res publicae in publico usu, welche den Gemeinbedarf an gewissen Bezügen decken, wie Gasanstalten, elektrische Werke, Wasserleitungen; oder welche im öffentlichen Interesse bestimmten Betrieben dienen, wie Schlachthäuser, Markthallen. Können doch derartige Anlagen nicht nur im Eigenthume von Privaten stehen, sondern auch völlig auf deren Rechnung betrieben werden.

So hat bis vor kurzem die Stadt Marburg das Gas zur Beleuchtung ihrer öffentlichen Straßen, Plätze und Dienstgebäude gegen Bezahlung aus einer Fabrik bezogen, welche einer in Frankfurt a/M. domicilirten Actiengesellschaft gehörte. Dann erwarb sie sämmtliche Actien jener Gesellschaft, hatte jedoch, theils um die Umschreibegebühr zu ersparen, theils der einfachern Verwaltung wegen, die Fabrik nicht in ihr Eigenthum überschreiben, vielmehr die Actiengesellschaft formell zunächst fortbestehen lassen. Angesichts des neuen preußischen Einkommensteuergesetzes aber, welches das Einkommen der Actiengesellschaften besteuert, ist nunmehr die Umschreibung der Fabrik auf den Namen der Stadt und damit die Auflösung der Gesellschaft bewirkt worden. Sollte infolge davon das privatrechtliche Eigenthum, in welchem die Fabrikanlage bisher gestanden hatte, sich in ein Hoheitsrecht oder ein Polizeirecht umgewandelt haben?

Und hätte es in der That einen Sinn, während das öffentliche Schlachthaus einer Metzgerinnung zweifellos deren

Ausdruck, mit Rücksicht auf jene Sonderstellung des Eigenthums an Sachen im Gemeingebrauche dieses Eigenthum selbst als „hoheitliches" zu bezeichnen, „weil es durch das öffentliche Recht wesentlich in Form und Inhalt bestimmt wird." S. dazu Eisele a. a. O. S. 12 f. S. 27 N. 1.

privatrechtliches Eigenthum ist, anzunehmen, das in völlig gleicher Weise eingerichtete Schlachthaus einer Gemeinde unterliege nicht sowohl dem privatrechtlichen Eigenthume dieser Gemeinde, als vielmehr deren Hoheits- oder Polizeirechte?

Unter diesen Umständen dürfte es gewiß recht zweifelhaft werden, ob das Recht des Staates an den Festungswerken in der That ein, die Befugnisse des Eigenthums umfassendes, Hoheits- oder Polizeirecht sei, oder nicht vielmehr lediglich das ganz gewöhnliche privatrechtliche Eigenthum.

Sicherlich gehört es zu den Hoheitsrechten des Staates, über die Anlegung und das Bestehen von Festungswerken insofern zu entscheiden, als solche nur mit seiner Gestattung zulässig sind. Ueber das privatrechtliche Verhältniß eines bestehenden Festungswerkes ist damit noch ganz und gar nichts gesagt.

Wenn der Sachsenspiegel III, 66, 2 f.[48]) den Bau von Burgen und von solchen Befestigungen der Städte, Dörfer und Höfe, welche ein bestimmtes Maß überschreiten,

48) §. 2: Man ne mut ok nene burch buwen, noch stat vestenen mit planken noch mit müren, noch berch noch werder noch türne binnen dorpe, ane des landes richteres orlof. §. 3: Ane sine orlof mut man wol graven also diep, also en man mit eneme spaden upgeschieten mach die erde, so dat he nene schemele ne make. Man mut ok wol buwen ane sine orlof mit holte oder mit stenen, drier dele ho boven en ander, ene binnen der erde, die anderen tvo boven, deste man ene dore hebbe in deme nederen gademe boven der erde enes knies ho. Man mut wol ok vestenen enen hof mit tünen oder mit staken oder müren, also ho als man gereken mach up enen orse sittene. Tinnen unde borstwere ne sal daran nicht an sin.

von der Erlaubniß des Landesrichters abhängig machte, so ist es doch gewiß nicht zweifelhaft, daß eine mit der erforderlichen Erlaubniß ausgeführte Befestigungsanlage privatrechtliches Eigenthum der erbauenden Gemeinde oder des erbauenden Privaten wurde. Heutzutage wird es allerdings bei Festungswerken kaum noch vorkommen, daß das Subject der Militärhoheit, welches ihre Anlegung gutheißt, von dem Subjecte des privatrechtlichen Eigenthums daran verschieden ist. Denn kein moderner Staat wird gestatten, daß innerhalb des seiner Militärhoheit unterworfenen Gebietes ein Anderer Eigenthümer militärischer Festungswerke sei. Allein begrifflich ist auch heute noch die Militärhoheit von dem privatrechtlichen Eigenthume an Festungswerken recht wohl zu unterscheiden: hat die erstere thatsächlich das andere an sich gezogen, so hat sie es doch keineswegs vernichtet; beide bestehen bei demselben Subjecte neben einander. [49])

Vorstehende Ausführungen dürften zugleich genügen, die Auffassung Eiseles zu widerlegen, nach welcher „das Rechtsverhältniß der öffentlichen Sachen, und zwar ganz und nach allen Seiten hin, dem ius publicum angehört." [50])

49) Vgl. Eisele a. a. O. S. 17.

50) A. a. O. S. 21 unter II.

Einen äußern Beleg für seine Ansicht glaubt Eisele a. a. O. S. 31 in l. 2 §. 23 D. ne quid in loco publ. 43, 8 zu finden. Wenn Ulpian hier von einer der beiden von ihm angegebenen Classen von viae privatae sage: has ergo — putem etiam ipsas (Gegensatz: nicht blos die viae consulares, quas excipiunt) publicas esse, so sei sowohl der bezeichnete Gegensatz, als die Stellung des etiam ein zwingender Beweis dafür, daß Ulpian nicht von ihnen als im Privateigenthum stehenden auch noch die Publicität prädiciren, sondern vielmehr sagen wolle: seiner Ansicht nach stehen auch sie, wie die viae consulares, nicht in privatem, sondern in publicistischem Eigenthume. Allein wie könnte Ulpian, wenn er dies

Wenn der genannte Gelehrte das Recht des Staates an seinen öffentlichen Sachen als „Eigenthum des ius publicum oder publicistisches Eigenthum" bezeichnet, und diesen bisher unbekannten Begriff bestimmt „als dasjenige Eigenthum, welchem die Zweckbestimmung zum Gemeingebrauch immanent ist," [51]) so übersieht er dabei, daß jene Zweckbestimmung, obgleich sie im Einzelfalle als dauernde gewollt ist, doch weder die natürliche Beschaffenheit der Sache ändert, noch der Behörde, welche sie getroffen hat, ihre willkürliche Wiederaufhebung verwehrt. [51a]) Es ist deshalb nicht zu verstehen, wieso die Widmung einer Sache für den usus publicus dem Gemeinwesen, in dessen privatrechtlichem Eigenthume sie vorher gestanden hat, dieses Eigenthum entziehe. Als begrifflich nothwendige Wirkung jener Widmung erscheint lediglich die Statthaftigkeit eben jenes usus publicus; daran schließen sich, wie wir gesehen haben, die positivrechtlichen Besonderheiten, daß einerseits alle Rechtsgeschäfte Privater wirkungslos bleiben, sofern sie den usus publicus beeinträchtigen würden, und daß anderseits die dem usus publicus unterliegende Sache eines Gemeinwesens der ordentlichen Ersitzung entzogen ist. [52])

wirklich sagen wollte, jene Wege als eine zweite Classe von viae privatae aufführen? Nennt er sie nun aber gleichzeitig sowohl privatae als publicae, so kann es kaum zweifelhaft bleiben, daß die Eigenschaft der via publica auf den rechtlichen Gemeingebrauch sich gründet, die Eigenschaft der via privata auf das privatrechtliche Eigenthum, welches Privaten am Boden der Wege zusteht.

51) A. a. O. S. 24.

51a) Vgl. Seufferts Archiv Bd. XLIV Nr. 163 (OLG. Braunschweig 1889). Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 3 Nr. 49 S. 171 ff.

52) Vgl. auch Hölder in kritische Vierteljahrsschrift für Ge-

Abgesehen von diesen Besonderheiten ist das Eigenthum z. B. einer Stadt an ihrem Rathhause, an ihrem Marktplatze genau das nämliche privatrechtliche Verhältniß, wie ihr Eigenthum an den zu ihrem Kämmereigute gehörigen Forsten, Landgütern, Einzeläckern u. s. w.

Es leuchtet ein, daß die erwähnten Besonderheiten gegenüber dem Gemeinwesen selbst, welches Eigenthümer einer res in publico usu ist, keine Beschränkungen des Eigenthums bilden, vielmehr lediglich darauf abzwecken, die dem Eigenthume gegebene Bestimmung des öffentlichen Gebrauches thunlichst zu sichern. Jene Besonderheiten lassen sich daher nicht füglich bezeichnen als „objective Gebundenheiten" der res publicae in publico usu;[53]) und es liegt mithin kein Anlaß vor, mit Rücksicht auf diesen unklaren Begriff die hier vertheidigte Lehre nur in Ermangelung einer bessern anzunehmen.[54])

10. Steht nach unseren Ausführungen die rechtliche Bestimmung einer an sich eigenthumsfähigen Sache für den öffentlichen Gebrauch dem privatrechtlichen Eigenthume eines Gemeinwesens an derselben nicht entgegen, so tritt von selbst die Frage auf, ob jene Bestimmung auch mit dem Eigenthume Privater vereinbar sei.

Wir haben diese Frage bereits im Zusammenhange der vorhergehenden Erörterung beantwortet.[55]) Sofern der öffentliche Gebrauch die ganze Sache nach ihrer gesammten Leistungsfähigkeit dauernd in Anspruch nehmen sollte, würde

setzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 16 S. 443—446. Windscheid Lehrb. Bd. I §. 146 N. 17 g. E.

53) Vgl. oben Ziffer 6 S. 68 zu N. 76a.

54) Wie es thut Bekker a. a. O. S. 337: „vornehmlich um betretene Pfade nicht ohne zwingenden Grund zu verlassen," ungeachtet der „unfertigen Theorie von der rein objectiven Gebundenheit" S. 338.

55) S. oben Ziffer 5 S. 58.

ihr Eigenthum für den Privateigenthümer werthlos sein. Und selbst dann, wenn neben dem öffentlichen Dienste geringfügige Nutzungen für den Eigenthümer sich ergeben möchten, wie etwa das Gras und das Obst an einer Heerstraße, wird ihm das Eigenthum an deren Körper nur dann etwas werth sein, wenn er nicht etwa zugleich verpflichtet ist, zwecks der Instandhaltung der Sache einen Aufwand zu machen, welcher jene Nutzungen verzehrt. Es verbietet sich demnach von selbst, unter dem Vorbehalte des, hier in Wahrheit nur dem Namen nach möglichen, Eigenthums eine Sache einem derartigen öffentlichen Dienste in rechtlich bindender Weise zu widmen.

Dagegen behält auch für einen Privaten das Eigenthum eines Grundstücks immer noch Werth, wenn entweder nur ein Theil desselben dem öffentlichen Gebrauche unterliegt, oder wenn der auf die ganze Sache sich erstreckende öffentliche Gebrauch dem Eigenthümer einen, seine etwa concurrirende persönliche Belastung übersteigenden, Vortheil übrig läßt.

Ist in solcher Weise ein Privatgebäude dem öffentlichen Dienste gewidmet, z. B. indem es ein Steueramt oder dergl. enthält, während das berechtigte Gemeinwesen sein Nutzungsrecht veräußern darf, so ist dieses Recht als Superficies anzusprechen. [56]) Abgesehen von ihrer Bestim-

56) Dieses Verhältniß bestand, wenn ich nicht irre, bis vor wenigen Jahren an einem der Gutsgebäude der ehemaligen Commende des Deutschordens in Marburg. Das zu dieser Commende gehörige Landgut wurde bis zur Aufhebung des Ordens auf Rechnung der Commende verwaltet; nachher hatte der Domänenfiscus des Königreichs Westfalen das Gut mit denjenigen Baulichkeiten, welche bisher zwecks der Verwaltung benutzt worden waren, erst verpachtet und dann verkauft. So war der Käufer Eigenthümer eines Gebäudes geworden, dessen

mung für den öffentlichen Dienst unterscheidet sich eine solche Superficies rechtlich in keinem Stücke von jeder andern; jene Bestimmung aber kann, wie sie ihr durch Verfügung der zuständigen Behörde ertheilt worden ist, durch deren entgegengesetzte Verfügung jederzeit aufgehoben werden.[57])

Erwirbt ein Staat an einem in fremdem Eigenthume stehenden Grundstücke das Recht, auf demselben gewisse Truppen exerciren zu lassen,[57a]) so ist hierin eine Personalservitut des Staates kaum zu verkennen.[57b]) Ein entsprechendes Verhältniß für den öffentlichen Dienst einer Gemeinde ist mir freilich nicht vorgekommen; weshalb jedoch wäre es nicht denkbar, z. B. daß ein Privatgrundstück dinglich damit belastet würde, die Gemeindeversammlung auf-

Untergeschoß Stallungen enthält, während die darauf gesetzten Stockwerke, mittels einer Freitreppe zugänglich, als fiscalisches Rentamt dienten. Nach Vertreibung der Fremdherrschaft ist dann zunächst der kurhessische und 1866 der preußische Staat an die Stelle des westfälischen getreten.

57) So fand es statt an der in voriger Note erwähnten Superficies am Deutschordensgute in Marburg: nachdem der Fiscus sein Rentamt aus ihr verlegt hatte, vermiethete er die früher für dasselbe benutzten Räume, bis er schließlich sein Recht dem Grundeigenthümer verkaufte.

57a) In dieser Weise hatte z. B., wenn ich mich recht erinnere, bis zum Jahre 1866 die Schwadron eines hannoverschen Cürassierregimentes, deren Commando in Göttingen lag, ihren Exercirplatz auf dem Dreische der benachbarten Gemeinde Groß-Schnehen. Ebenso hat noch heute, wie ich höre, die Garnison der Stadt Cassel an dem der Stadt gehörigen Gute, dem s. g. Forst, das servitutische Recht zum Exerciren.

57b) Hinsichtlich der zeitlichen Unbeschränktheit dieser Personalservitut s. unten zu N. 73 f.

zunehmen, zu den Uebungen der Feuerwehr zu dienen und drgl.? Den Charakter der Perſonalſervitut würde eine derartige Gerechtſame auch dann behaupten, wenn ein Gebäude ihr unterliegt, es müßte denn deſſen Benutzung nicht nur inhaltlich unbeſchränkt, ſondern auch veräußerlich ſein: in ſolchem Falle wäre ein Superficiarrecht vorhanden.

Nicht ſo einfach iſt die rechtliche Auffaſſung räumlich oder inhaltlich beſchränkter Nutzungsgerechtſame an privatem Grundeigenthume, welche allen Angehörigen des Staates oder einer Gemeinde oder doch gewiſſen Kreiſen derſelben dienen, welche m. a. W. dem Gemeingebrauche unterliegen.

Schon das römiſche Recht kennt zwei derartige Fälle: den durch Rechtsſatz gegebenen usus publicus zwecks der Schifffahrt an den im Privateigenthume ſtehenden Ufergrundſtücken eines Fluſſes, und den im Einzelfalle ſtets nur kraft beſonderer Begründung ſtatthaften Gemeingebrauch an Wegen auf Privatgrundſtücken. Es ſchützt jenen mittels des Popularinterdictes Ut in flumine publico navigare liceat, [58]) dieſen mittels der Popularinterdicte für öffentliche Wege; [58a]) danach betrachtet es als Subject der erſtern Berechtigung den Staat, als das Subject der andern die betheiligte Gemeinde. Ueber die Natur beider Berechtigungen jedoch ſpricht es ſich nicht aus. [58b])

In Deutſchland ſodann haben ſich auf der geſchichtlichen Grundlage der Markgenoſſenſchaft und des Gemeindeverbandes die mannigfachſten Nutzungen der einzelnen Gemeindeangehörigen als ſolcher, insbeſondere an fremden

58) L. 1 pr. D. ut in flum. 43, 14. S. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1835 Ziffer 8 S. 53 ff. S. unten Titel XIV.

58a) S. unten Titel VIII Ziffer 5—7.

58b) Vgl. übrigens unten N. 82.

Waldungen und Weidegrundstücken, entwickelt, für welche nach dem Verschwinden des Rechtsbodens, dem sie erwachsen sind, eine in die herrschende Rechtsordnung passende Form gesucht werden muß. Bis jetzt indessen ist nicht einmal Uebereinstimmung hinsichtlich der Frage erzielt, wer als Subject derartiger Berechtigungen zu gelten habe.

Freilich hat man einer alten festen Praxis gegenüber nicht füglich umhingekonnt, der Gemeinde die Legitimation zur Klage überall da zuzuerkennen, wo auf Grund des Gemeindeverbandes, sei es für alle seine Mitglieder, sei es für eine einzelne Classe derselben, eine derartige Befugniß in Anspruch genommen wird, [59]) ja darüber hinaus, wo es sich handelt um „die Aufrechterhaltung von Nutzungsrechten, welche zwar einen allgemeinern Ursprung, als aus dem Gemeindeverbande, haben, für die Bewohner der einzelnen Gemeinde aber vorzugsweise wichtig sind," [60]) wie z. B. die Benutzung eines Weges, der über ein Privatgrundstück aus der diesseitigen Feldmark nach einem andern Orte führt. Allein nicht immer leitet man diese Legitimation der Gemeinde zur Klage her aus deren eignem Rechte auf jenen usus publicus, sondern daraus, daß in derartigen Fällen eine „Gemeindesache" vorliege, die von der Gemeinde als solcher wahrzunehmen sei; daß gewohnheitsrechtlich die „Vertretung bleibender Gerechtsame der gegenwärtigen wie der zukünftigen Gemeindemitglieder" der Gemeinde selbst zukomme. [61]) Dabei jedoch bleibt das Wesen der vorausgesetzten „Gerechtsame" der Gemeindeglieder völlig

59) Seufferts Archiv Bd. I Nr. 1 und Nachtrag dazu (hinter Nr. 150, in der großen Ausgabe S. 56).

60) Seufferts Archiv Bd. XXI Nr. 11 (OAG. Kiel 1863 unter Bezugnahme auf die von der Göttinger Juristenfacultät eingeholte sententia a qua).

61) S. die Citate der Noten 59 und 60.

im Dunkeln. Welcher Art nämlich sollen diese Gerechtsame sein? Etwa Prädialservituten? und doch wird mindestens in sehr vielen Fällen für das einzelne zur Ausübung unzweifelhaft befugte Mitglied weder Eigenthum noch auch nur Besitz eines Grundstückes erfordert. Oder persönliche Servituten? Aber solche erlöschen spätestens mit dem Tode des Berechtigten; und es ist nicht verständlich, wie derartige Rechte für neu eintretende Gemeindeglieder zu entstehen vermöchten.

Kann demnach die dem Einzelnen thatsächlich zugute kommende Nutzung gar nicht auf einem ihm selbst unmittelbar zuständigen Privatrechte an der Sache beruhen, ist vielmehr sein Antheil am Mitgenusse eines Rechtes der bezeichneten Art an seine Staats- oder Gemeindeangehörigkeit gebunden, so ist damit als Subject eines solchen Rechtes nothwendig der Staat oder die Gemeinde gegeben. [62]) In der That wird denn auch die Geschichte der einzelnen derartigen Berechtigung z. B. an fremden Waldungen in den allermeisten Fällen zeigen, daß in Verhandlungen mit dem Grundeigenthümer über jene Berechtigung nicht der einzelne Interessent aufgetreten ist, sondern die Gemeindebehörde. [62a]) Und demgemäß ist es die Gemeinde, welche durch ihre darauf gerichteten Beschlüsse darüber verfügt, ob überhaupt, unter welchen Voraussetzungen, [62b]) in welchem Umfange und in welcher Weise die Gemeindeangehörigen

62) Vgl. Gerber System des Deutschen Privatrechts §. 62 N. 1.

62a) Vgl. Seufferts Archiv Bd. I Nr. 313.

62b) So hatte hinsichtlich der unten in N. 71 erwähnten Berechtigung auf Feuerholz für den Gewerbebetrieb der Magistrat des Fleckens Lauterberg am Harz stets darauf gehalten, daß der einzelne den Bezug dieses Holzes beanspruchende Gewerbtreibende Bürger und Eigenthümer eines Wohnhauses im Flecken sei.

die bisher von ihnen ausgeübte Nutzung weiterhin ausüben dürfen; der Gemeinde gegenüber bildet die Befugniß zu jener Nutzung kein ius singulorum.

Welcher bekannten Classe von Rechten aber sind jene Gerechtsame einzureihen?

Ganz vereinzelt ist die Ansicht ausgesprochen worden, „der Staat trete zwar zu den (in der beschriebenen Weise) dem öffentlichen Gebrauche anheimgegebenen Sachen in ein bestimmtes Herrschaftsverhältniß, aber nicht etwa in seiner Eigenschaft als Inhaber oder Vertreter von Privatrechten, sondern kraft seines Hoheitsrechtes, nach welchem ihm die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung obliegt, zu welcher auch der Verkehr auf und mit den dem öffentlichen Gebrauche überlassenen Sachen zu rechnen sei". Die Verbindung z. B. des Staats mit einer öffentlichen Straße über ein Privatgrundstück [63]) ruhe „also durchaus außerhalb der Kreise des Privatrechts, wenngleich sie die Veranlassung zu Privatstreitigkeiten und Privatverhältnissen sein könne. Aber dies sei nichts diesem Verhältnisse Eigenthümliches, sondern könne bei der Ausübung eines jeden Hoheitsrechtes ebenso vorkommen." [64])

Diese, vermuthlich unter dem Einflusse der v. Iheringschen Lehre von dem Rechte des Gemeinwesens an dessen eignen res in publico usu entstandene, Auffassung erweiset sich schon deshalb als unhaltbar, weil weitaus die meisten im Privateigenthum stehenden Sachen, an denen ein usus publicus stattfindet, diesem usus publicus zum Besten nicht sowohl des Staates, als vielmehr einer einzelnen Gemeinde unterliegen, eine solche aber Subject eines Hoheitsrechtes nicht sein kann. Ganz besonders deutlich tritt das

63) Um eine solche handelte es sich in dem gegebenen Falle.
64) Erk. des OAG. zu Lübeck v. J. 1878. Seufferts Archiv Bd. XXXIV (N. F. Bd. IV) Nr. 7.

hervor in den zahlreichen Fällen, in denen einer Gemeinde zum Vortheile ihrer Angehörigen das Recht zusteht in einem Staatswalde Holz zu schlagen, Streu zu rechen, Vieh zu weiden und drgl. Das ist doch nimmer als Inhalt eines „Hoheitsrechtes" zu denken! — Nicht minder einleuchtend ist es, daß derartige Nutzungen der Gemeindeangehörigen auch nicht Ausfluß eines Polizeirechtes der Gemeinde sind.

Die überwiegende Mehrzahl der in Seufferts Archiv und den Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen gesammelten Entscheidungen erkennt denn auch das Recht des Gemeingebrauchs an einem im Privateigenthume stehenden Grundstücke als ein Privatrecht des durch seine Angehörigen betheiligten Gemeinwesens dadurch an, daß sie diesem Gemeinwesen aus eignem Recht eine privatrechtliche Klage zum Schutze jenes Gemeingebrauchs geben.

Ueber die besondre Natur dieses Rechtes äußern sich freilich manche der erwähnten Entscheidungen nicht.[65]) Andere bestimmen dieselbe wesentlich negativ, z. B. als deutschrechtliche Gemeindeservitut, die weder als römischer Usus-fructus, noch als römische Prädialservitut behandelt werden könne.[66]) Nicht viel deutlicher ist die Bezeichnung eines derartigen Rechtes als „öffentliche Dienstbarkeit" oder „öffentlich rechtliche Dienstbarkeit": dies kann „nur zur Kennzeichnung des berechtigten Subjectes oder der Zweckbestimmung und der durch beide gegebenen Art der Benützung des Rechtes durch das Publicum, nicht aber in Beziehung auf den Rechtstitel gegenüber dem Eigenthümer ge-

65) Vgl. Seufferts Arch. I, 313 (OAG. Jena 1841); II, 133 (OT. Berlin 1848); 258 (OAG. Jena 1833); IX, 125 (OT. Stuttgart 1846); 255 (OAG. Wiesbaden 1852); XIV, 6 (OAG. Jena 1858). Entsch. des Reichsgerichts Bd. 22 Nr. 60 S. 305.

66) Seufferts Arch. XXIX, 12 (OAG. Darmstadt 1873). Vgl. das. Nr. 14 (dasselbe Gericht in demselben Jahre).

ſchehen." [67]) Vielfach wird auf Grund des deutſchen Rechtes, insbeſondere gemäß dem Gerichtsgebrauche, eine Prädialſervitut ohne ein praedium dominans angenommen; [68]) oder, etwas vorſichtiger ausgedrückt, ein Recht, das analog den Grunddienſtbarkeiten behandelt wird, obgleich ein herrſchendes Grundſtück nicht vorhanden iſt. [69]) Begreiflicherweiſe iſt der in dieſer Bezeichnung liegende Widerſpruch nicht unbemerkt geblieben. Wenn man trotzdem die Annahme einer Prädialſervitut aufrechthält, ſo ſucht man das zu einer ſolchen freilich unerläßliche praedium dominans in der ganzen Gemeindeflur oder Gemarkung. [70]) Hofft man indeſſen, hiermit mehr zu gewinnen, als eine bloße Beſchwichtigung des juriſtiſchen Gewiſſens, ſo darf man dieſe Aushülfe doch nur da anwenden, wo entweder eine ſ. g. gemeſſene Gerechtſame in Frage ſteht, oder eine ſolche ungemeſſene, welche durch das wirthſchaftliche Bedürfniß des praedium dominans ihre Begrenzung findet. Dahin läßt ſich etwa ſtellen eine Weideberechtigung, welche durch das auf der Feldmark durchſchnittlich erzielte Futter für das Weidevieh, den ſ. g. Durchwinterungsmaßſtab, ihr Maß erhält; eine Gerechtſame auf Bauholz für den Bedarf be-

67) So treffend das OT. zu Stuttgart 1872 in Seufferts Arch. XXVIII, 247.

68) Seufferts Arch. VIII, 113 (OAG. Caſſel 1838); XV, 205 (OG. Wolfenbüttel 1858); XVI, 176 (OAG. Lübeck 1863); XXI, 95 (OAG. Jena 1851); XLII, 18 (OLG. Darmſtadt 1885). Vgl. auch XII, 229 (OAG. Darmſtadt 1837). So u. A. auch Stobbe Handbuch des Deutſchen Privatrechts Bd. 2 §. 97 unter 3 zu N. 15.

69) Seufferts Arch. XXXVI, 108 (OAG. Dresden 1878).

70) Seufferts Arch. XXI, 95 (OAG. Jena 1851 zur Auswahl neben der Prädialſervitut ohne praedium dominans); XXVI, 4 (OAG. Darmſtadt 1871).

ſtimmter Gehöfte, oder auf Brennholz für den Bedarf der vorhandenen Haushaltungen; eine Waſſergerechtigkeit, welche eine gewiſſe Bodenfläche bewäſſern, Menſchen und Vieh gegebener Wirthſchaftsbeſtände tränken ſoll. Nun jedoch finden ſich unter den Rechten der in Rede ſtehenden Art unzweifelhaft auch ſolche, welche ſchlechterdings nicht begrenzt ſind durch den wirthſchaftlichen Bedarf beſtimmter Häuſer oder einer beſtimmten Grundfläche. So ſind mir Berechtigungen vorgekommen, kraft deren eine Gemeinde für alle ihre jeweiligen Einwohner das zum Haushalte nöthige Brennholz fordern konnte, ſowie das Bauholz nicht nur für die bereits bebauten Stellen, ſondern auch für Neuanſiedlungen; ferner das Holz zur Anfertigung hölzerner Geräthe und ſogar das Feuerholz für den Gewerbebetrieb, ſelbſt für Branntweinbrennereien.[71]) Derartige Berechtigungen laſſen ſich doch nicht füglich auffaſſen als Prädialſervituten zugunſten der Gemeindegemarkung!

Eben dieſes Gefühl wird es geweſen ſein, was das Reichsgericht veranlaßt hat, ſich nach einer neuen Conſtruction umzuſehen. Jenes höchſte Gericht nimmt an, das deutſche Recht habe nicht ſchlechthin feſtgehalten an dem Erforderniſſe, daß die Grunddienſtbarkeit lediglich zum Nutzen eines beſtimmten einzelnen Grundſtückes beſtellt werden

71) Die Anerkennung dieſer und noch anderer, ohne Zweifel aus dem urſprünglichen markgenoſſenſchaftlichen Miteigenthume erwachſenen, Gerechtſame an jetzt ausſchließlich fiscaliſchen Forſten erſtritt vor etwa 30 Jahren der Flecken Lauterberg am Harze. Die Gewerbebrennholzberechtigung hatte man allerdings ſeitens der Forſtverwaltung ſchon um die Mitte des vorigen Jahrhunderts dadurch einigermaßen zu beſchränken geſucht, daß man die Zahl der Brennholz verbrauchenden Gewerbebetriebe, keineswegs jedoch deren Holzbedarf, auf die damalige Höhe feſtgeſtellt hatte.

könne, es lasse sie vielmehr in mannigfachen Anwendungen (namentlich bei Beholzigungsrechten, Weide- und Hutgerechtsamen u. s. w.) auch zugunsten ganzer territorialer oder personaler Kreise zu, wofern nur das durch die Servitut zu befriedigende Bedürfniß concret begrenzt sei und den Charakter der Dauer (perpetua causa) trage. [72])

Allein weshalb dann überhaupt noch an der Bezeichnung „Grunddienstbarkeit" festhalten? Wenn wir davon ausgehen, daß Staat und Gemeinden zur Erfüllung der ihnen obliegenden Aufgaben einen mehr oder minder erheblichen Theil ihres (privatrechtlichen) Eigenthums dem öffentlichen Gebrauche widmen müssen, so kann es nichts Befremdendes für uns haben, daß sie auch andere Privatrechte in gleicher Weise verwerthen. [72a]) Wie gut sich das Superficiarrecht und nicht minder, soweit der öffentliche Dienst in Frage steht, die Personalservitut zu solchem Zwecke eignet, haben wir gesehen. So ist es gewiß das Einfachste, die hier behandelten Nutzungsrechte als reine persönliche Gerechtsame des Staates oder der Gemeinde aufzufassen, die niemals zum werbenden Vermögen gehört haben, sondern von vornherein für den Gemeingebrauch begründet worden sind. Jene Gerechtsame sind m. a. W. Personalservituten. Allerdings sind sie zeitlich unbeschränkt; allein es giebt keine Quellenstelle, nach welcher die Beschränkung auf Zeit, namentlich auf 100 Jahr, zu den selbstverständlichen Eigenschaften, geschweige zum Wesen der einer juristischen Person zuständigen Personalservitut gehörte. [73])

72) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 4 Nr. 38 S. 132 f. (= Seufferts Arch. XXXVII N. F. VII Nr. 9) 1880. Bd. 7 Nr. 53 S. 164 ff. 1881. Bd. 8 Nr. 78 S. 302 1882. Bd. 14 Nr. 54 S. 215 f. (= Seufferts Arch. XLI, 173) 1885.

72a) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 22 Nr. 60 S. 305.

73) Nicht glücklich heißt es bei Windscheid Lehrbuch Bd. 1

Vielmehr ist diese Beschränkung nur für den Nießbrauch gesetzt worden, und zwar mit einer legislatorischen Begründung, welche ausschließlich auf den Nießbrauch paßt, nämlich, weil bei dessen zeitlich unbeschränkter Dauer das Eigenthum werthlos sein würde. [74])

So hat gelegentlich das Reichsgericht selbst, [75]) wie die Wissenschaft es schon früher gethan hatte, [76]) derartige

§. 215 unter 2 zu N. 6: „Stehen die persönlichen Dienstbarkeiten einer juristischen Person zu, so hören sie nicht blos durch deren Aufhebung auf, sondern auch durch den Ablauf von hundert Jahren." Vgl. das. zu N. 8 und N. 8.

74) L. 56 D. de usufr. 7, 1. l. 8 D. de usu et usufr. 33, 2.

75) Entsch. Bd. 7 Nr. 53 S. 167 v. J. 1881. Bd. 8 Nr. 78 S. 302 v. J. 1882.

76) So, und wohl kaum als Erster, bereits Mittermaier Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts Bd. 1 §. 166 unter I 6. Aufl. (1842) S. 444. Bluntschli deutsches Privatrecht §. 86 unter 2. Windscheid a. a. O. §. 215 N. 8. — Seufferts Arch. XVI, 176 (OAG. Lübeck 1863, wo diese Bezeichnung zur Auswahl neben diejenige einer Grunddienstbarkeit ohne herrschendes Grundstück gestellt wird). XLII, 101 (OLG. Rostock 1885, wo dem römischen Rechte gegenüber die Anomalie angenommen wird, daß die Berechtigung weder als Prädial-, noch als reine Personalservitut bezeichnet werden kann, und zwar nicht als letztere nicht sowohl wegen ihrer zeitlichen Unbeschränktheit, als deswegen, weil sie nicht zugunsten bestimmter Personen, sondern zugunsten der wechselnden Mitglieder einer durch die Gemeindeangehörigkeit verbundenen Personengesammtheit diene).

Eine Personalservitut, und zwar des Staates, meint wohl schon Eduard Schrader, wenn er in seiner Institutionenausgabe 1832 zu §. 4 J. de R. D. 2, 1 ad v. *usus publicus* i. f. bemerkt: Iste usus haud inepte cum

Gerechtſame als immerwährende Perſonalſervituten der Corporation bezeichnet.

Wie immer wir übrigens jene Gerechtſame bezeichnen wollen, — das Weſentliche für ihre rechtliche Behandlung bleibt auf alle Fälle darin zu erblicken, daß ihr unmittelbares Subject nicht der Einzelne iſt, dem ihre Ausübung thatſächlichen Vortheil bringt, ſondern das Gemeinweſen, deſſen Mitgliedſchaft ihm jenen Genuß gewährt.[76a]) Wie erheblich gerade dieſe Wahrheit unter Umſtänden auch für den Geſetzgeber ſein kann, möge hier an einem Beiſpiele erläutert werden.

An den fiscaliſchen Forſten des Sollings und des Kaufunger Waldes im Süden des ehemaligen Königreichs Hannover beſtanden ſehr ausgedehnte Streulaubberechtigungen, welche von ſämmtlichen Angehörigen der betheiligten Gemeinden ausgeübt werden durften, thatſächlich aber vorzugsweis von geringen Leuten, insbeſondere von ſ. g. Anbauern[76b]) und Häuslingen,[76c]) für die von ihnen pacht-

servitute comparatur, reipublicae in ripas privatas debita.

76a) Wo dies eine Gemeinde iſt, wird es meiſt die politiſche Gemeinde ſein, nicht die ſ. g. Realgemeinde: am Genuſſe nehmen regelmäßig auch, wo nicht vorzugsweiſe, diejenigen theil, welche eignen Grundbeſitz nicht haben. Geſchichtlich begreift ſich die Erſtreckung der Theilnahme auf die nicht grundangeſeſſenen Mitglieder der politiſchen Gemeinde ſehr einfach: die Angehörigen der Realgemeinde hatten nicht allein kein Intereſſe, ſie von jener Theilnahme fernzuhalten, vielmehr umgekehrt naheliegenden Anreiz, ihnen auf Koſten des dritten Grundherrn die wirthſchaftliche Exiſtenz zu erleichtern.

76b) D. h. Leute, welche außer einem Hauſe kein Grundeigenthum haben oder doch nur wenig.

76c) D. h. Leute, welche nicht einmal eine Wohnung zu eigen haben.

weis bewirthschafteten Aecker ausgeübt wurden. Unleugbar war für das Gedeihen der Waldcultur die Ablösung dieser ihr überaus hinderlichen Gerechtsame dringend wünschenswerth. Allein anderseits ist eine Zwangsablösung mit der abwägenden Gerechtigkeit nur dann vereinbar, wenn den bisher Berechtigten entweder ungeachtet der Ablösung die unbeeinträchtigte Fortsetzung ihrer Wirthschaft gesichert bleibt, oder gerade durch sie deren zweckmäßige Umgestaltung ermöglicht wird. Eben dies hätte sich bei richtiger Auffassung des Wesens der Berechtigung bei den obwaltenden Umständen überaus einfach und glücklich erreichen lassen. Die Bodenfläche der betheiligten Gemarkungen besteht nämlich aus verwittertem Buntsandstein, welcher sehr arm an dem zum Wachsthume der Pflanzen erforderlichen Kalkgehalte ist. Bisher nun war ein guter Theil der verhältnißmäßig nicht unerheblichen Menge Kalks, welche die Wurzeln der Waldbäume aus der Tiefe emporfördern, der Ackerkrume im dürren Laube zugeführt worden; und ebendeshalb blieb die Laubdüngung, trotz ihrer sonstigen Nachtheile gegenüber der Strohdüngung, so lange unentbehrlich, als nicht auf andere Weise dem Boden der nöthige Kalk zukam. Der allergeeignetste Ersatz ließ sich jedoch mit mäßigen Kosten aus den unfern gelegenen Süßwasserkalkablagerungen (dort Mergel genannt) herbeischaffen. Die Ablösung wäre hiernach mit großem Nutzen für beide Theile dadurch zu bewirken gewesen, daß der Staat als Abfindung für das Streurechen der Gemeinde ein Geldcapital oder eine Geldrente mit der Auflage ausgezahlt hätte, die Zinsen jenes Capitales, das selbstverständlich sicher zu stellen gewesen wäre, oder den Betrag dieser Rente alljährlich unter diejenigen Gemeindemitglieder zu vertheilen, welche bisher thatsächlich Streu bezogen hatten, damit sie sich dafür ihren Bedarf an Kalk bezögen, — oder vielleicht noch besser mit der Auflage, Zinsen oder Rente zur Herbeischaffung des Kalks zu ver-

wenden und dieſen unmittelbar zu vertheilen. Statt deſſen erlaubt das hannoverſche Geſetz die Abſtellung der Berechtigungen auf Streugewinnung in Forſten betr., vom 7. Januar 1863, indem es über die Perſon des Berechtigten wie über das Weſen des Rechtes ſelbſt völlig ſchweigt, dem, ausſchließlich zur Herbeiführung der Ablöſung befugten Forſtherrn, Entſchädigung in Grund und Boden anzubieten, durch deren Leiſtung das Bedürfniß des abgefundenen Berechtigten nach Kalk nur noch geſteigert wird.[77]) Freilich kann dieſer ſtatt des Grundes und Bodens Geldcapital verlangen; allein, wenn der Einzelne, welcher thatſächlich von der Streugerechtſame Gebrauch macht, als Berechtigter angeſehen wird, wo bleibt die Gewähr dafür, daß er das Geld nicht anderweit verbraucht, ſtatt es zur nachhaltigen Verbeſſerung ſeines Ackers zu verwenden! Glücklicherweiſe gewährt die Bekanntmachung des Miniſteriums des Innern, die Ausführung jenes Geſetzes betr., v. 2.

77) Das erwähnte, in auffallendem Gegenſatze zu der übrigen Agrargeſetzgebung des ehemaligen Königreichs Hannover ungemein leichtfertig zuſtandegebrachte, Geſetz enthält hinſichtlich der Berechnung des Abfindungscapitals eine nur dem Eingeweihten begreifliche Seltſamkeit. Die Capitalentſchädigung wurde nach hannoverſchem Rechte bei der Zwangsenteignung von Grundeigenthum berechnet durch Capitaliſirung des ermittelten Reinertrages mit 3 %, bei der Ablöſung guts- und grundherrlicher Gefälle mit 4 %. Bei der Verhandlung unſres Geſetzes in der Ständeverſammlung ſtritt man zwecks Abmeſſung des anzuwendenden Procentſatzes darüber, ob die zwangsweiſe Abſtellung der Streuberechtigung unter den Begriff der Expropriation falle oder unter denjenigen der Ablöſung, und vereinigte ſich ſchließlich im arithmetiſchen Mittel des Procentſatzes für Bodenentſchädigung einerſeits und für Gefällablöſung anderſeits, nämlich auf $3\frac{1}{2}$ % des Reinertrages!

Februar 1863 wenigstens einige Abhülfe, indem sie in §. 5 vorschreibt: „Ist bei Abstellung der Waldstreuberechtigung einer Gemeinde oder Genossenschaft die von nicht Berechtigten (Anbauern, Häuslingen u. s. w.) bezogene Waldstreumenge mit zum Ansatze gekommen und ist dafür Entschädigung zugestanden, so haben die Theilungsbehörden thunlichst dahin zu wirken, daß der betreffende Theil der Entschädigung den Nichtberechtigten auch wirklich und dauernd zu Gute kommt.“ [77a])

So entschieden wir übrigens als unmittelbares Subject der besprochenen Berechtigungen das betheiligte Gemeinwesen ansehen müssen, so wenig dürfen wir gleichwohl für die Gegenwart ein Privatrecht der zur thatsächlichen Ausübung jener Berechtigungen befugten Angehörigen des Gemeinwesens verkennen. Wie erwähnt, wurden die beiden den Römern bekannten Fälle dieser Art durch Popularinterdicte geschützt. Standen ursprünglich jene Nutzungen den Einzelnen nur iure civitatis zu, nicht quasi propria cuiusque, so hat sich mit dem veränderten Wesen der Popularinterdicte das durch sie geschützte Verhältniß zu einem wirklichen Privatrechte der Nutzungsinteressenten gestaltet. [77b]) Die gleiche Stellung werden wir den auf heimischem Rechtsboden erwachsenen Verhältnissen der beschriebenen Art einräumen müssen. In der That wird dies in der Rechtsprechung der höchsten Gerichte nicht selten dadurch anerkannt, daß dieselbe den Einzelnen die klagweise Geltendmachung ihrer Nutzungsansprüche gestattet. [77c])

77a) Diese Bekanntmachung selbst leidet übrigens an einer Unklarheit über den wahren Inhalt der Berechtigung insofern, als sie dieselbe für eine Prädialservitut der Realgemeinde zu halten scheint, während sie in der That eine Personalservitut der politischen Gemeinde ist.

77b) Vgl. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1840a Ziffer 132 S. 535 f.

77c) Seufferts Archiv Bd. I Nr. 258 (OAG. Jena);

Fraglich bleibt nur die rechtliche Structur dieser Einzelrechte. Erkennen wir in dem Anspruche des Einzelnen auf den Gemeingebrauch einer im Eigenthum des Gemeinwesens stehenden Sache ein servitutähnliches Nutzungsrecht, [77a]) so werden wir auch da, wo der Gemeingebrauch durch eine Servitut des Gemeinwesens gewährt wird, dem Einzelanspruche auf Theilnahme daran die servitutische Natur kaum absprechen dürfen. Hiergegen läßt sich nicht etwa die Regel einwenden: servitus servitutis esse non potest. Es handelt sich in Wahrheit gar nicht um ein Recht des Einzelnen an dem Rechte des Gemeinwesens, vielmehr um ein kraft des letztern dem Einzelnen an der dienenden Sache selbst gewährtes Recht: die Servitut des Gemeinwesens hat gerade den Inhalt, daß dessen einzelne Angehörigen die bestimmte Nutzung machen dürfen.

Wir haben hier also das vollkommene Gegenstück zu dem Verhältnisse einer res publica in publico usu. Wie dort das Gemeinwesen als Eigenthümer den Rechtsschutz der Eigenthumsklagen, der einzelne seiner Angehörigen als Genußinteressent den Schutz der Popularinterdicte hat, so kann sich hier das Gemeinwesen als Subject der auf den Gemeingebrauch gerichteten Servitut der confessoria bedienen, der einzelne Interessent des Popularinterdictes.

Damit ergiebt sich dann von selbst das praktische Verhältniß zwischen der Klage des Gemeinwesens und der-

Bd. VIII Nr. 113 (OAG. Cassel 1838); Bd. XV Nr. 205 (OG. Wolfenbüttel 1858); Bd. XXVI Nr. 4 (OAG. Darmstadt 1871); Bd. XXIX Nr. 12 (dasselbe 1873). Im Grundsatze einverstanden, aber aus „Rücksicht auf die gefährdete Lage des Verpflichteten" bei „ungemessener Ausdehnung des Gemeinheitsrechts" abweichend Bd. XXIII Nr. 107 (OG. Wolfenbüttel 1868).

77a) Thl. 2 dieser Serie des Commentars a. a. O. S. 535 f. Unten Ziffer 12 zu N. 35.

jenigen des Einzelnen. Die letztere ſtellt ausſchließlich den, allerdings auf Grund der Berechtigung des Gemeinweſens beruhenden, Anſpruch des klagenden Einzelnen rechtskräftig feſt, während die confessoria des Gemeinweſens, geradeſo wie bei einer res publica in publico usu deſſen Eigenthumsklage, das Recht des Gemeinweſens im ganzen zur Entſcheidung bringt.[77a]) Wo alſo der Eigenthümer der Sache, welche kraft einer Servitut dem Gemeingebrauche unterliegt, nicht ſowohl den Anſpruch des Einzelnen beſtreitet, als vielmehr das angebliche Recht des Gemeinweſens ſelbſt, da empfiehlt es ſich, daß letzteres gegen ihn klagend auftrete. Dies würde z. B. auch dann der Fall ſein, wenn der Uferanlieger eines öffentlichen Fluſſes beſtreiten ſollte, daß die von den Einzelnen gemäß der allgemeinen Auffaſſung beanſpruchte Art der Uferbenutzung über den Inhalt der den Ufergrundſtücken aufliegenden Legalſervitut hinausgehe.

Die Klagen der Einzelnen wegen Hinderung an der Nutzung würden wir nach dem Vorbilde des römiſchen Rechtes als umgeſtaltete Populariuterdicte bezeichnen;[77b]) die Klage des Gemeinweſens ſelbſt halten wir im ganzen für die gewöhnliche confessoria, und hinſichtlich der eben erwähnten Legalſervitut an Ufergrundſtücken für eine confessoria utilis.

Hinſichtlich der Entſtehung eines Rechtsverhältniſſes der geſchilderten Art glauben wir Folgendes ſagen zu dürfen.

Die rechtsgültige Unterwerfung einer in fremdem Eigenthume verbleibenden Sache unter den öffentlichen Gebrauch eines Gemeinweſens geſchieht regelmäßig durch Ver-

77a) Seufferts Archiv Bd. II Nr. 258.

77b) Vgl. Bekker Jahrbuch des heutigen gemeinen deutſchen Rechts Bd. 5 S. 202 a. E.

trag zwiſchen dieſem Gemeinweſen und dem Eigenthümer der Sache.[77e]) Nach der m. E. richtigen Anſicht, welche für die Begründung eines ius in re aliena durch Vertrag nach gemeinem Rechte eine iuris quasi-traditio nicht erfordert, genügt auch hier ein formloſer Vertrag, ſofern er das Recht des Gemeinweſens auf den öffentlichen Gebrauch begründen will. In der wirkſamen Vertragserklärung ſeitens des vertragſchließenden Gemeinweſens iſt nothwendig zugleich die auch hier erforderliche Widmung des Rechtes, welches durch den Vertrag erworben werden ſoll, für den öffentlichen Gebrauch enthalten. Wo particularrechtlich die vertragsmäßige Beſtellung eines ius in re aliena Grundbucheintrag erheiſcht, da iſt, ſoweit nicht gerade für dieſen Fall eine Ausnahme zugelaſſen ſein ſollte, ſolche auch für unſre öffentliche Berechtigung in re aliena erforderlich.

Durch Vermächtniß des Eigenthümers entſteht die Belaſtung ſeiner Sache mit dem Rechte des öffentlichen Gebrauchs nicht ohne weiteres die legati veniente; es iſt dazu unerläßlich, daß die zuſtändige Behörde des bedachten Gemeinweſens post diem legati venientem ihre Zuſtimmung zu der vom Erblaſſer beabſichtigten beſchränkten Widmung der Sache für den öffentlichen Gebrauch erklärt, oder, genauer geſagt, dieſer Abſicht entſprechend ihrerſeits jene Widmung vornimmt.

Ein andrer Grund für die Entſtehung des Rechtes auf den öffentlichen Gebrauch fremder Sachen iſt die Erſitzung, und zwar ſowohl die ordentliche Erſitzung, als die unvordenkliche.

Die ordentliche Erſitzung des Rechtes auf den Gemeingebrauch eines fremden Grundſtücks iſt wohl aus dem Grunde für unzuläſſig erklärt worden, weil die Geſammtheit der Einzelnen, welche die dem Rechte entſprechenden Ausübungs-

77e) Vgl. oben Ziffer 7 S. 93.

handlungen vornehmen, z. B. „das „Publicum", welches den Weg benutzt hat, nicht als Organ der Gemeinde in Ausübung von Besitzhandlungen, wie sie eine regelmäßige Ersitzung voraussetzen würde, angesehen werden." [78]) Nun ist ohne Zweifel der Obersatz dieser Schlußfolgerung unanfechtbar. So wenig die einzelnen Angehörigen einer Gemeinde lediglich auf ihren eignen Willen hin für letztere Sachbesitz zu erwerben vermögen, weil sie eben nicht berufen sind, die Gemeinde im Besitzwillen zu vertreten, — so wenig vermögen sie aus dem nämlichen Grunde ihr eine iuris quasi-possessio lediglich auf ihren eignen Willen hin zu erwerben: auch zu diesem Erwerbe ist ein Beschluß der regelrechten Gemeindevertretung nothwendig, der allein als Wille der Gemeinde selbst gelten darf. [79]) Irrig aber ist der vorausgesetzte Untersatz, nämlich, ein den Ausübungshandlungen der einzelnen Gemeindeangehörigen, dem corpus quasi-possessionis, entsprechender Willensact der Gemeindevertretung sei mit rechtlicher Nothwendigkeit ausgeschlossen. Es ist vielmehr eine rein thatsächliche Frage, ob er im Einzelfalle vorliege. So erklärt bei Gemeindeservituten an Waldungen z. B. gar nicht selten die Gemeindevertretung durch Verhandlungen mit dem Forstherrn oder auch durch

78) So v. Gerber System des Deutschen Privatrechts §. 62 N. 1 15. Aufl. S. 113.

79) Irrig sind demnach die Entscheidungen, welche der Ersitzung der in Rede stehenden Gerechtsame auch da stattgeben, wo lediglich Ausübungshandlungen seitens der Gemeindeangehörigen vorliegen, ein entsprechender Willensact der Gemeindevertretung dagegen fehlt. Seufferts Arch. IX, 255 (OAG. Wiesbaden 1852); XV, 205 (OG. Wolfenbüttel 1858); XXII, 210 (OAG. Darmstadt 1838); XXIV, 12 und 16 (OT. Stuttgart 1869); XLII, 101 (OLG. Rostock 1885). Vgl. auch XX, 212 (OAG. Dresden 1866).

Beschlüsse über die Weise der Ausübung den Besitzwillen der von ihr vertretenen Gemeinde ebenso unzweideutig wie nachdrücklich. Otto Hartmann hat mir von einem Rechtsstreite der Stadt Göttingen über die von ihr beanspruchte Jagdgerechtigkeit in einer benachbarten Dorfgemarkung (irre ich nicht: des Dorfes Geismar) erzählt, in welchem zum Beweise der Ersitzung jener Gerechtigkeit völlig richtig neben der thatsächlichen Ausübung der Jagd durch die Bürger der Stadt während rechtsverjährender Zeit auch die Darlegung eines entsprechenden animus pro civitate possidendi beim Magistrate erfordert und sehr schlagend mittels des Wochenblattes erbracht wurde, worin der Magistrat in der ganzen Reihe von Jahren jedesmal vor Eröffnung der Jagd unter den bekanntgegebenen Jagdgebieten auch das streitige aufgeführt hatte.

Für die Wirkung der unvordenklichen Ausübung dagegen kommt es auf den Besitzwillen der Gemeindevertretung nicht an; es genügt, daß die Ausübung der Gerechtsame, und zwar als einer der Gemeinde zuständigen, seit Menschengedenken stattgefunden hat.

Das Recht des Staates endlich auf den Gemeingebrauch seiner Angehörigen an den Ufergrundstücken öffentlicher Flüsse zwecks der Schifffahrt beruht auf unmittelbarer Rechtsvorschrift: es ist eine s. g. Legalservitut. [79a])

Die Befreiung eines Privatgrundstückes von einer dinglichen Belastung zwecks des öffentlichen Gebrauchs geschieht ordentlicherweise durch Vertrag zwischen dem Grundeigenthümer und der berechtigten Gemeinde, kraft dessen letztere auf ihre Gerechtsame verzichtet. [80])

79a) Windscheid Lehrbuch der Pandekten Bd. 1 §. 169 unter 11 zu N. 23 und §. 146 unter 3 zu N. 13.

80) Vgl. oben N. 57 S. 122.

Ist in dieser Beziehung die Behandlung des usus publicus an einer im Privateigenthume befindlichen Sache völlig die gleiche wie die Behandlung eines privaten ius in re aliena, so verhält es sich anders in Beziehung auf den Untergang durch Nichtgebrauch.

L. 2 D. de via publ. et itin. publ. refic. 43, 11: (*Javolen.* lib. 10. ex Cassio) Viam publicam populus non utendo amittere non potest.

Bezogen auf einen dem Gemeingebrauche dienenden Weg, dessen Grund und Boden selbst dem Gemeinwesen gehört, würde dieser Satz überaus trivial sein. Denn wenn die Zulässigkeit des usus publicus an einer solchen Sache, abgesehen von der Unvordenklichkeit, lediglich von der Verfügung des berechtigten Gemeinwesens abhängt, so versteht es sich von selbst, daß der thatsächliche Nichtgebrauch während kürzerer Frist als innerhalb Menschengedenkens für oder gegen diese Zulässigkeit durchaus unerheblich bleibt.[81]) Bedeutung dagegen gewinnt unser Satz, sobald wir ihn von einem dem Gemeingebrauche gewidmeten Wege auf privatem Grund und Boden verstehen. Eine private Wegegerechtigkeit erlischt durch Nichtgebrauch während rechtsverjährender Zeit; nicht so eine öffentliche. In der That scheint der übrige uns bekannte Inhalt des zehnten Buches der Schrift des Javolenus ex Cassio diese Beziehung zu rechtfertigen: er handelt, mit Ausnahme der l. 18 D. de a. et a. pl. a. 39, 3, welche ebenfalls von loca publica und viae publicae redet, von Servituten.[82]) Gelingt es uns

81) Vgl. Eisele a. a. O. S. 28. S. oben Ziffer 3 N. 26d S. 31 f.

82) Lenel palingen. vol. I col. 282 sq. — Die Stelle legt somit die Vermuthung nahe, daß schon Javolenus das Verhältniß der via publica in solo privato unter den Begriff der servitus publica gebracht habe. — v. Keller Pandekten §. 48 zu N. 4 versteht l. 2 seltsamerweise

vollends, im Folgenden die legislatorische Rechtfertigung dafür zu erbringen, daß bei öffentlichen Servituten der Untergang infolge Nichtgebrauchs in bestimmter Zeit ausgeschlossen ist, so wird damit die Anwendung der l. 2 auf alle derartige Servituten geboten erscheinen. [83])

Daß Nichtgebrauch seit Menschengedenken eine öffentliche Servitut beseitigt, sei der Vollständigkeit halber hier nochmals hervorgehoben.

Nirgends zeigt sich auch nur eine Andeutung dafür, daß die mit einem öffentlichen ius in re belasteten Sachen deshalb dem Rechtsverkehre und der ordentlichen Ersitzung entzogen seien.

v. Ihering, der im Begriffe der Extracommercialität die völlige Ausschließung des Eigenthums erblickt und letztere daraus folgert, daß der Gemeingebrauch einer dem Staate oder einer Gemeinde gehörigen Sache, als deren einzige Bestimmung den gesammten Gehalt des Eigenthums erschöpfend, vom Eigenthume nichts übrig lassen würde, als den leeren Namen, erklärt umgekehrt den Fortbestand des Privateigenthums an der mit einer öffentlichen Servitut belasteten Sache daraus, daß diese Servitut eben nicht den ausschließlichen Dienst der Sache bilde, die Sache vielmehr ungeachtet jener Belastung zunächst und hauptsächlich für den Eigenthümer bestimmt bleibe und nur nebenbei dem Publicum diene. [84])

Nun jedoch wissen wir, daß viele res publicae in publico usu zugleich auch werbendes Vermögen des Gemeinwesens bilden, der usus publicus an ihnen also immer noch mehr oder weniger vom materiellen Gehalte des pri-

dahin, daß Straßen „keiner Servitutenersitzung und dergleichen unterworfen sind."

83) Diese nimmt auch an Eisele a. a. O. S. 28.

84) Erwiderung S. 12 ff.

vatrechtlichen Eigenthums übrig läßt, nicht selten weit mehr, als eine privatrechtliche Servitut es thut: wie wäre hier die Ausschließung des Eigenthums, d. i. im Sinne v. Jhe-rings die Extracommercialität, legislatorisch gerechtfertigt? Dagegen bedarf es keiner weitern Erörterung darüber, wie durchaus zweckmäßig auch hier die Ausschließung aller Geschäfte von Privaten ist, welche auf eine dem Gemeingebrauche nachtheilige Veräußerung oder Gebrauchsüberlassung abzielen, also das, was wir unter Extracommercialität jener Sachen verstehen.[84a]) Ebenso begreift sich die Ausschließung der ordentlichen Ersitzung an allen res publicae in publico usu: mit dem durch die Ersitzung bewirkten Wechsel des Eigenthümers würde die Zweckbestimmung der Sache ihre, eben im Eigenthume des Gemeinwesens gegebene, rechtliche Grundlage verlieren, der usus publicus hinfällig werden.

Ganz anders mit der Sache, welche mit einer öffentlichen Servitut belastet ist. Wie die einem Privaten zuständige Servitut rechtlich unbeeinträchtigt fortbesteht, gleichviel ob der Eigenthümer der mit ihr belasteten Sache wechselt, und ob Rechtsgeschäfte über deren Gebrauch errichtet werden, — genau so verhält es sich mit einer öffentlichen Servitut. Es würde deshalb durchaus überflüssig gewesen sein, die Sache, woran sie haftet, dem freien Rechtsverkehre und der ordentlichen Ersitzung zu entziehen.

Gefährdet dagegen wäre eine öffentliche Servitut in vielen Fällen, wenn sie, wie eine private, durch Nichtausübung in gewöhnlicher Zeit erlösche. Der Rechtsnachfolger im Eigenthume des herrschenden Grundstücks wird meist Gelegenheit haben, sei es aus den auf dem Grundstücke selbst vorhandenen Einrichtungen, sei es aus den dessen Rechtsverhältnisse betreffenden Urkunden, vom Vorhandensein einer privaten Gerechtsame Kenntniß zu erlangen; und um-

84a) S. oben Ziffer 6 S. 78.

gekehrt ist für den Verkäufer die Mittheilung dieser Kenntniß an den Käufer selbstverständliche Pflicht. Eine private Personalservitut vollends kann ihrem Wesen nach nur vom Berechtigten selbst erworben sein. Unter solchen Umständen wird ein rechtsverjährender Nichtgebrauch bei einiger Aufmerksamkeit des Berechtigten nicht leicht stattfinden. Wie unvermerkt hingegen schwindet in verhältnißmäßig kurzer Frist die Erinnerung an solche Einrichtungen des Gemeindelebens, mit welchen die Einzelnen, zu deren Dienste sie bestimmt sind, nicht häufig in Berührung kommen! Ein Hinderniß, welches einige Zeit hindurch z. B. den Gebrauch eines nicht gerade häufig begangnen öffentlichen Weges über ein Privatgrundstück gehemmt hat, kann Veranlassung werden, diesen Weg ganz liegen zu lassen, sofern das Bedürfniß der Zukömmlichkeit durch einen andern Weg genügende Befriedigung findet. Und nicht wesentlich anders steht es wohl mit den Servituten, die für den öffentlichen Dienst bestimmt sind. Einerseits kommt hier in Betracht der Wechsel der Beamten, welche die Benutzung im Einzelfalle anzuordnen haben; anderseits der Umstand, daß Verhältnisse, welche vom Willen jener Personen ganz unabhängig sind, die herkömmliche Benutzungsweise ohne weiteres ausschließen können, z. B. ein Krieg oder schon eine Garnisonsverlegung das Exerciren des bestimmten Truppentheiles auf dem mit der Exercirservitut belasteten Felde.

So bildet die Ausschließung des Untergangs durch non usus von 10 oder 20 Jahren für öffentliche Servituten einen Schutz, welcher dem Schutze der res publicae in publico usu durch deren Extracommercialität und Usucapionsunfähigkeit entspricht.

11. [85]) Soweit der Gemeingebrauch dem Eigenthümer

85) Vgl. Kappeler a. a. O. S. 18—23. S. 116—129. — Nach Mittheilung des Herrn Schatzrathes Müller zu

der ihm unterliegenden Sache noch Nutzungen an ihr übrig läßt, kann jener über diese frei verfügen. Mithin kann er sie auch Dritten zuwenden, insbesondere so, daß er sich denselben persönlich zur Gewährung der Nutzung verpflichtet, oder daß er ihnen ein dingliches Recht an der Sache bestellt,[85a]) welches die bestimmte Nutzung giebt. Die Begründung der hierauf gerichteten Rechtsverhältnisse geschieht in ganz der nämlichen Weise, wie an Sachen, die nicht im Gemeingebrauche stehen. Folglich können Servituten an res in publico usu, welche den Gemeingebrauch nicht berühren, auch in 10 oder 20 Jahren ersessen werden[85b]) und erlöschen ohne Zweifel in derselben Frist durch Nichtgebrauch;[86]) ob an der Sache ein Gemeingebrauch stattfindet oder nicht, ist hierfür ganz gleichgültig.

Hannover haben die Civilgerichte wie die Strafgerichte in der Provinz Hannover in zahlreichen Fällen servitutische Berechtigungen an den Chausseen anerkannt, z. B. Weiderechte, Trift- und Wegegerechtigkeiten an den Chausseegräben, Ueberfahrtsgerechtigkeiten an den Banketts.

85a) Eisele a. a. O. S. 38 unter 2 fordert auch hierfür ein Privileg. Allerdings war nach römischem Rechte ein solches regelmäßig nöthig zu Bauten in loco publico; allein in der That beschränken alle derartigen Bauten den usus publicus, indem sie ihm einen Theil des ihm bisher offenen Platzes entziehen. Eiseles Behauptung ist nichts als eine Folgerung aus seinem unerweisbaren Vordersatze, wonach res publicae in publico usu „total extracommercial, d. h. gänzlich der Herrschaft des ius publicum unterworfen sind." Vgl. a. a. O. S. 39.

85b) So ein Erkenntniß des Reichsgerichtes v. J. 1882 in Seufferts Archiv Bd. XXXVII Nr. 285. Bekker a. a. O. §. 78 S. 341 N. 9 und Beilage II S. 345 unter C S. 345.

86) Hesse in v. Iherings Jahrbüchern Bd. 7 S. 282 unter 8. Zustimmend Kappeler a. a. O. S. 126. — Nach Mit-

Können jedoch an einer dem Gemeingebrauche bereits unterliegenden Sache solche Gerechtsame, welche den Gemeingebrauch nicht berühren, in gewöhnlicher Weise neu entstehen, so liegt selbstverständlich kein Grund vor, bestehende Gerechtsame derart deshalb untergehen zu lassen, weil die Sache, woran sie bestehen, dem Gemeingebrauche erst unterworfen wird. Sofern dagegen bestehende Gerechtsame den Gemeingebrauch beeinträchtigen würden, dem ihr Gegenstand unterworfen werden soll, sind sie nach den Grundsätzen der Zwangsenteignung zu beseitigen. [86a])

Nicht selten aber kommt an res in publico usu, und zwar sowohl an solchen, welche des Eigenthums fähig sind, als an denen, welche ihrer Natur nach dem Eigenthume entzogen bleiben, neben dem Gemeingebrauche in rechtlich zulässiger Weise ein Gebrauch Einzelner vor, der jenen mehr oder minder beschränkt. Eine solche Beschränkung liegt schon in der widerruflichen Gestattung, auf offener Straße einen bestimmten Platz als Verkaufsstand einzunehmen; mehr noch in dem Vermiethen eines solchen Standes auf bestimmte Zeit; in noch höherm Maße in der zeitlich unbeschränkten Erlaubniß zu Vorbauten über den Bürgersteig, zu Anlagen von Treppenstufen auf demselben und vollends in der Ge-

theilung des Herrn Schatzraths Müller zu Hannover hat das Amtsgericht Nienburg, ohne deshalb vom Landgerichte Verden berichtigt zu werden, i. S. Vollmeier Hermling zu Lemke Kr. Nienburg g. Landesdirectorium wegen Servitut ausgesprochen, daß an öffentlichen Sachen die ordentliche Servitutenersitzung nicht platzgreife, wohl aber die außerordentliche, jedoch nach Entscheidungen des Reichsgerichtes nur insoweit die Servitut den gemeinen Gebrauch der Sache nicht aufhebe oder beschränke. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die ordentliche Ersitzung ausgeschlossen sein soll.

86a) Vgl. Kappeler a. a. O. S. 18—23.

währung eines Superficiarrechtes an öffentlichen Plätzen, in der Ermächtigung zur Legung eines Schienengeleises für eine Straßenbahn. Eisele [86b]) freilich meint, selbst die concessio principis zu dergleichen gebe kein Recht, wenn es den usus publicus beeinträchtige. Er beruft sich dafür auf l. 6 Cod. de op. publ. 8, 11 (12).

Dieses Gesetz lautet im Codex Theodosianus als l. 22 eod. 15, 1 so:

> ***Gratian., Valentinian.*** et ***Theodos.*** 383. Have Procule, karissime nobis. [86c]) Praescriptio temporis iuri publico non debet obsistere, sed ne [86d]) rescripta quidem. Atque ideo diruenda sunt omnia, quae per diversas urbes vel in foro vel in quocunque publico loco [86e]) civitatis extructa noscuntur.

Allein es ist geradezu undenkbar, daß die Auctorität, welche den usus publicus völlig aufzuheben vermag, [86f]) rechtlich außerstande sein sollte, ihn zu beschränken. Auch würde die Constitution in ihrer buchstäblichen Allgemeinheit verstanden etwas völlig Unsinniges anordnen, nämlich die Niederreißung aller seit Menschengedenken auf Marktplätzen und anderen öffentlichen Plätzen errichteten Bauwerke, Denkmäler u. s. w., selbst der öffentlichen. Ohne Zweifel hatte der Erlaß eine, dem Adressaten bekannte, ganz bestimmte Richtung; vielleicht befahl er nichts Anderes, als die Niederlegung der noch stehenden heidnischen Tempel, welche etwa auf Verfügung oder mit Zustimmung des Kaisers Julianus Apostata († 363) aufgeführt waren. Gerichtet

86b) A. a. O. S. 38 f. unter 2.
86c) Cod. Iust.: *ad Proculum.*
86d) Cod. Iust.: *nec.*
86e) Cod. Iust. *ins.*: contra ornatum et commodum ac decoram faciem.
86f) Wie auch Eisele a. a. O. S. 33 f. anerkennt.

gedacht gegen Privatbauten, zu denen die gesetzliche Ermächtigung eingeholt worden, würde er die schreiendste Ungerechtigkeit gebieten, um so mehr, da er von einer Entschädigung schweigt. Das hat Justinian offenbar eingesehen und deshalb bei der Aufnahme in sein Gesetzbuch die Vorschrift durch eine Einschaltung beschränkt auf solche Bauten, welche die Stadt verunzieren oder ihr Nachtheil bringen; die trotzdem ertheilte Concession soll also als erschlichene behandelt werden. Uebrigens ist durchaus nicht jeder Bau dem Gemeinwohle nachtheilig, welcher den bis dahin statthaften Gemeingebrauch irgendwie schmälert.[86a])

Jedenfalls zeigen unsere Beispiele, daß heute Beschränkungen des Gemeingebrauchs durch den Gebrauch Einzelner zulässig sind. Und zwar, wie in jenen Beispielen schon angedeutet ist, bald kraft eines dinglichen Rechtes an der Sache, bald kraft eines obligatorischen Anspruchs auf Gebrauchsgewährung, bald endlich nur erlaubterweise, aber ohne Rechtsanspruch darauf. Sobald der Gemeingebrauch einmal besteht, ist zur Begründung der beiden letzten Verhältnisse stets die Zustimmung der zuständigen Behörde erforderlich, und nicht minder zur Bestellung eines dinglichen Rechts des bezeichneten Inhalts. Vertritt die nämliche Behörde neben dem öffentlichen Interesse auch den Eigenthümer der Sache, so ist sie es zugleich, welche den maßgebenden Vertrag mit dem Erwerber der Gebrauchsbefugniß abschließt; andernfalls ist außer ihrer Zustimmung der Ver-

86a) Dies scheint Eisele a. a. O. S. 39 zu N. 1 nicht zu beachten, wenn er l. 14 §. 2 D. de servit. 8, 1 (s. unten im Text zu N. 91) in den Worten: a principe autem peti solet, ut per viam publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat — als Beweis dafür anführt, daß eine den usus publicus beschränkende Verleihung kein Recht gewähre.

tragsabſchluß durch den Eigenthümer unerläßlich.[86h]) Ein dingliches Recht auf einen in den Gemeingebrauch eingreifenden Sondergebrauch an einer res in publico usu kann außerdem vermöge unvordenklicher Uebung entſtehen.[86i]) Daß umgekehrt ein beſtehendes dingliches Recht durch Widmung der ihm unterliegenden fremden Sache für den Gemeingebrauch nicht beſeitigt wird, verſteht ſich von ſelbſt.

Nicht zu verwechſeln mit einem derartigen Sonderrechte iſt das Verhältniß, kraft deſſen eine gewiſſe Nutzungsweiſe einer ſolchen Sache allen, welche ſie thatſächlich vornehmen können, ſelbſt dann geſtattet iſt, wenn die übrigen im Gemeingebrauche enthaltenen Nutzungsweiſen dadurch beeinträchtigt, vielleicht ganz verhindert werden: hier handelt es ſich nicht um ein Vorzugsrecht des Einzelnen gegenüber dem Gemeingebrauche, ſondern um eine bevorzugte Art des Gemeingebrauches ſelbſt. Dieſes Verhältniß iſt z. B. vorhanden bei einem zum Gehen und Fahren beſtimmten öffentlichen Wege, ſofern ſeine Benutzung als Fahrweg diejenige für Fußgänger erſchwert. Es entſpringt meiſt, wie in dieſem Beiſpiele, aus dem Inhalte des Gemeingebrauchs, für welchen die Sache beſtimmt worden iſt; kann aber auch auf allgemeiner Rechtsvorſchrift beruhen. So iſt es z. B. der Fall nach §. 53 des hannoverſchen Geſetzes vom 22. Auguſt 1847 über Entwäſſerung und

86h) S. den oben Ziffer 9 S. 111 ff. mitgetheilten Rechtsfall.

86i) Nach Mittheilung des Herrn Schatzrathes Müller in Hannover beſtreitet das dortige Landesdirectorium z. B. den Chauſſeeanliegern in den Marſchen das für den Gemeingebrauch äußerſt unbequeme Recht nicht, die beim Ausräumen der Waſſerzüge längs der Chauſſee gewonnene Erde, Schlamm u. ſ. w. auf der Chauſſee abzulegen, nachdem genannter Behörde bezeugt war, daß dieſe Ablagerung ſeit Menſchengedenken immer, und zwar in der Abſicht, ein Recht auszuüben, geſchehen war.

Bewässerung der Grundstücke. Hier werden Bewässerungsanlagen ohne vorgängige Genehmigung gestattet, wenn dazu eine neue Stauanlage nicht erforderlich ist; damit wird also unter der angegebenen Voraussetzung der Benutzung eines Flusses zwecks der Bewässerung der Vorzug vor allen anderen Benutzungsweisen allgemein eingeräumt. Eine Schranke geben hier nur die Nr. 1 und 3 des §. 60, wonach die Ableitung von Wasser behuf der Bewässerung unstatthaft ist, „wenn dadurch das öffentliche Interesse, z. B. in Bezug auf Schifffahrt beeinträchtigt wird, und wenn dadurch den Bewohnern eines Orts (Stadt, Dorf, Gut u. s. w.) das erforderliche Trinkwasser für Menschen oder Vieh, oder das zu Haushaltungszwecken (nicht gewerblichen Betrieben) nöthige Wasser entzogen werden würde."

Welche Behörde die erforderliche Genehmigung zu der in den Gemeingebrauch eingreifenden Benutzung einer res in publico usu zu ertheilen hat, das bestimmt sich nach der Organisation des einzelnen Staates. Grundsätzlich scheint im römischen Reiche ausschließlich der princeps zuständig gewesen zu sein; [86k]) doch delegirte er wohl die Gestattung, und in den Municipien stand sie manchmal gemäß dem Ortsstatut dem curator rei publicae zu. [87])

Beiderlei Beschränkungen des Gemeingebrauches, nämlich einerseits gesetzliche Vorschriften, welche bestimmten Arten des Gemeingebrauches den Vorzug geben, anderseits die Einzelverleihung einer Sondernutzung, faßt zusammen l. 2 pr. D. ne quid in loco publico 43, 8:

86k) L. 2 pr. §§. 10. 16 D. ne quid in loco publ. 43, 8. l. 1 §. 42 D. de aq. cottid. 43, 20. l. 14 §. 2 D. de serv. 8, 1. l. 18 §. 1 D. de a. et a. pl. 39, 3 (alle diese Stellen s. unten im Texte).

87) L. 3 §. 4 D. quod vi aut clam 43, 24 (s. unten den Text).

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Praetor ait: „Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est.“

Nur von der Einzelverleihung einer Sondernutzung durch den princeps (solet princeps — permittere), und zwar im Gegensatze zu dem Geschehenlassen durch die Verwaltungsbehörde (aliquid in publico fieri permittitur), redet

L. 2 cit. §. 10: Merito ait praetor „qua ex re quid illi damni detur:“ nam quotiensque aliquid in publico fieri permittitur, ita oportet permitti, ut sine iniuria cuiusquam fiat . et ita solet princeps, quotiens aliquid novi operis instituendum petitur, permittere.[87a]) §. 16: Si quis a principe simpliciter impetraverit, ut in publico aedificet, non est credendus sic aedificare, ut cum incommodo alicuius id fiat, neque sic conceditur: nisi forte quis hoc impetraverit.

Ebenso handeln von der Verleihung einer Sondernutzung

L. 3 §. 4 D. quod vi aut clam 43, 24:
(*Ulp.* lib. 71. ad ed.) Plane si praeses vel curator rei publicae[88]) permiserit in publico facere, Nerva scribit exceptionem locum non habere, quia etsi ei locorum, inquit, publicorum procuratio data est, concessio tamen data non est . hoc ita verum est, si non lex municipalis curatori rei publicae amplius

87a) Vgl. unten Tit. VIII Ziffer 4 zu Anf.

88) Dieser Ausdruck gehört schwerlich schon dem Nerva an; sicherlich wenigstens hat er darunter nicht den kaiserlichen Regierungsbevollmächtigten für größere Gemeinden verstanden, der erst unter Trajan erscheint. Mommsen

concedat [89]). sed et si a principe vel ab eo, cui princeps hoc ius concedendi dederit, (permissum erit, *ins.* M.) idem erit probandum.

L. 3 D. ne quid in loco sacro 43, 6 (ſ. oben S. 8). [90])

L. 2 cit. §. 15 ne quid in loco publ. 43, 8: Idem (sc. *Labeo*) ait, si in publico aedificem, deinde hoc aedificium ei obstet, quod tu in publico aedificaveras, cessare hoc interdictum, cum tu quoque illicite aedificaveris, nisi forte tu iure tibi concesso aedificaveras.

L. 14 §. 2 D. de servit. 8, 1:
(*Paul.* lib. 15. ad Sab.) Publico loco interveniente vel via publica haustus servitus imponi potest, aquae ductus non potest: a principe autem peti solet, ut per viam publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat. sacri et religiosi loci interventus etiam itineris [91]) servitutem impedit, cum servitus per ea loca nulli deberi possit.

römiſches Staatsrecht Bd. 2 Abth. 2 2. Aufl. S. 1034 N. 2, 3. Aufl. S. 1083 N. 1. Dasſelbe gilt für l. 5 §. 4 eod. (ſ. folgende Note), nach welcher bereits Servius den curator rei publicae nennt.

89) Nichts zu thun mit der Conceſſionsfrage hat l. 5 §. 4 eod. (Id. eod. lib.): Item ait (sc. Servius), si quis in publico municipii velit facere, sufficere ei, si curatori rei publicae denuntiet. Hier handelt es ſich darum, wem die Anzeige von einem beabſichtigten opus in solo publico gemacht werden müſſe, die erforderlich iſt, um das opus gegen den Vorwurf zu ſichern, es ſei clam factum. L. 3 cit. §. 7.

90) Ueber l. 10 §. 2 D. de aq. et aq. pl. 39, 3 ſ. unten Ziffer 12 N. 10 und über l. 3 §. 1 D. ne quid in loco publ. 43, 8 zu Titel VIII Ziffer 2 nach N. 28.

91) etiam illam *scr.* M.

L. 18 §. 1 D. de aq. et aq. pl. 39, 3:
(*Javolen.* lib. 10. ex Cassio.) Sine permissu principis aqua per viam publicam duci non potest.

L. 17 D. de S. Pr. R. 8, 3:
(*Papirius Justus* lib. 1. de constitutionibus.) Imperatores *Antoninus* et *Verus* Augusti rescripserunt, aquam de flumine publico pro modo possessionum ad irrigandos agros dividi oportere, nisi proprio iure quis plus sibi datum ostenderit . item rescripserunt, aquam ita demum permitti duci, si sine iniuria alterius id fiat.

L. 1 §§. 38 sqq. D. de aq. cott. 43, 20:
(*Ulp.* lib. 70. ad ed.) Ait praetor: „Quo ex castello illi aquam ducere ab eo, cui eius rei ius fuit, permissum est, quo minus ita, uti permissum est, ducat, vim fieri veto . quandoque de opere faciendo interdictum erit, damni infecti caveri iubebo.“ §. 39: Hoc interdictum necessario propositum est . namque superiora interdicta ad eos pertinent, qui a capite ducunt vel imposita servitute vel quia putant impositam: aequissimum visum est, ei quoque, qui ex castello ducit, interdictum dari . (ex castello *ins.* M.) id est ex eo receptaculo, quod aquam publicam suscipit (castellum accipe *del.* van de Water *sec.* M.) §. 40: Si ex castello permissum est, dandum erit interdictum. §. 41: Permittitur autem aquam ex castello vel [92]) ex rivo vel ex quo alio loco publico ducere. §. 42: Idque a principe conceditur: alii nulli competit ius aquae dandae. §. 43: Et datur interdum praediis, interdum personis . quod praediis datur, persona extincta non extinguitur: quod datur personis, cum personis amittitur ideoque

92) *Pro*: ex castello vel *leg.* et M.

neque ad alium dominum praediorum neque ad heredem vel qualemcumque successorem transit. plane ei, ad quem dominium transit, (interdum *ins.* M.) impetrabile est: nam si docuerit, praediis suis aquam debitam, etsi nomine eius fluxisse, a quo dominium ad se transiit, indubitate impetrat ius aquae ducendae, nec est hoc beneficium, sed iniuria, si quis forte non impetraverit.

L. 2 D. de loco publ. fruendo 43, 9:
(*Paul.* lib. 5. sent.) Concedi solet, ut imagines et statuae, quae ornamenta [93]) rei publicae sunt futurae, in publicum ponantur.

Die unvordenkliche Uebung als Grund eines Sonderrechtes an res in publico usu betreffen

L. 3 §. 4 D. de aq. cott. 43, 20:
(*Pompon.* lib. 34. ad Sab.) Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur.

L. 26 D. de aq. et aq. pl. 39, 3:
(*Scaevola* lib. 4. resp.) *Scaevola* respondit, solere eos, qui iuri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi ius non probaretur.

L. 7 Cod. de servit. et de aqua 3, 34:
Dioclet. et Maxim. Juliano (286). Si manifeste doceri possit ius aquae ex vetere more atque observatione per certa loca profluentis utilitatem certis fundis inrigandi causa exhibere, procurator noster, ne quid contra veterem formam atque solemnem morem innovetur, providebit.

93) Ornamento *scr.* M.

L. 4 Cod. de aquaeductu 11, 43:

Arcadius et ***Honor.*** 397: Usum aquae veterem longoque dominio constitutum singulis civibus manere censemus nec ulla novatione turbari, ita tamen, ut quantitatem singuli, quam veteri licentia percipiunt, more usque in praesentem diem perdurante percipiant: mansura poena in eos, qui ad inrigationes agrorum vel hortorum delicias furtivis aquarum meatibus abutuntur.

Daß dieſe Stellen in der That von der Privatbenutzung öffentlicher Waſſerleitungen zu verſtehen ſind, hat v. Savigny [94]) überzeugend nachgewieſen. [94a])

94) Syſtem Bd. 4 §. 197 S. 491—503. (Vgl. dazu unten N. 5.) Zuſtimmend Rappeler a. a. O. S. 128 f. A. M. Heſſe in v. Iherings Jahrbüchern B. 7 S. 244 f. und die Rechtsverhältniſſe zwiſchen Grundſtücksnachbarn 2. Aufl. S. 247 f., der l. 7 cod. cit. von einem örtlichen Gewohnheitsrechte verſteht. Dagegen ſcheint es mir einigermaßen bedenklich wegen der Worte „contra statutam consuetudinis formam“ hierher mit Rappeler S. 129 auch l. 6 Cod. de servit. 3, 34 zu ziehen. (Claudius Prisco a° 269: Praeses provinciae usu aquae, quam ex fonte iuris tui profluere adlegas, contra statutam consuetudinis formam carere te non permittet, cum sit durum et crudelitati proximum ex tuis praediis aquae agmen ortum sitientibus agris tuis ad aliorum usum vicinorum iniuria propagari.) M. E. bedeuten dieſe Worte nur: „die auf geführten Beweis gerichtsſeitig feſtgeſtellte Weiſe der Uebung.“ Vgl. über dieſe Bedeutung von statuere l. 46 pr. D. de V. S. 50, 16. l. 1 Cod. quae sit longa consuet. 8, 52.

94a) Wenn nach einem Erkenntniſſe des OAG. Jena v. J. 1829 (in Seufferts Archiv Bd. II Nr. 143) zum Erwerbe durch vetustas 31 Jahr 6 Wochen und 3 Tage genügen, ſo beruht das auf ſächſiſchem Rechte.

Die Ausschließung der praescriptio definita von 10 oder 20 Jahren beim Erwerbe solcher Sonderrechte an Sachen in publico usu, welche in den Gemeingebrauch eingreifen,[94b]) entspricht durchaus einerseits der Usucapionsunfähigkeit der res publicae derart, anderseits der Unwirksamkeit des non usus während der gleichen Zeit auf die Fortdauer öffentlicher Servituten.

Um so bedenklicher ist eine Auffassung der l. 7 D. de div. temp. praescr. 44, 3, wonach wenigstens für eine Art solcher Sondernutzung an einer res in publico usu, nämlich für die Fischerei an einem öffentlichen Flusse, auch der Erwerb mittels Ersitzung in bestimmter Zeit zugelassen wird.

Marcianus lib. 3. instit.: Si quisquam in fluminis publici deverticulo solus pluribus annus piscatus sit, alterum eodem iure uti prohibet.

Obendrein setzt diese Auffassung die l. 7 cit. in unlöslichen Widerspruch zu l. 45 pr. D. de usurp. 41, 3: (***Papinian***. lib. 10. resp.) Praescriptio longae possessionis ad obtinenda loca iuris gentium publica concedi non solet . quod ita procedit, si quis, aedificio funditus diruto, quod in litore deposuerat[95]) aut dereliquerat,[96]) alterius postea eodem loco extructo, occupantis[97]) datam exceptionem opponat, vel si quis, quod in fluminis publici deverticulo

94b) L. 6 Cod. de op. publ. 8, 11 (12) s. oben S. 147.

95) Die erste Niederschrift der Florentina (F^a) giebt: posuerat; die nämliche Hand (F^b) hat dies geändert in: deposuerat.

96) Mommsen schlägt vor zu lesen: quod in littore posuerat (forte quod deposuerat aut dereliquerat).

97) Die Pariser Handschriften des Digestum novum Nr. 4455 und 4458 (X und Y bei Mommsen) aus dem 13. Jahrhundert lesen: occupanti.

solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure prohibeat.

Der zweite der hier aufgeführten Fälle ist unleugbar völlig der nämliche, wie der in l. 7 cit. besprochene.[98]) Nach der mitgetheilten Auffassung der l. 7 handelt es sich also um die Anwendung der praescriptio longae possessionis ad obtinenda loca iuris gentium publica. Von dieser sagt nun Papinian schlechtweg: concedi non solet. Folglich muß er auch in dem erwähnten Einzelfalle ihre Anwendung verneinen und somit das gerade Gegentheil von dem sagen, was man Marcian sagen läßt. Es ist die reinste Willkür, wenn die Glosse zu l. 45 pr. ad v. *datam exceptionem* diesen Gegensatz dadurch vermitteln will, daß sie bei der Entscheidung Papinians, obendrein dessen vorausgesetzten Gedankengang völlig verlassend, hinzudenkt, der Fischende, der doch die exceptio longae possessionis erbittet, sei nicht im Besitze der Fischerei gewesen; oder daß sie umgekehrt annimmt, bei der Entscheidung Marcians komme zu der langjährigen Ausübung der Fischerei noch eine landesherrliche Verleihung hinzu, nicht jedoch bei der entgegengesetzten Entscheidung Papinians; oder wenn sie zu l. 7 cit. ad v. *prohibet* als weitere Möglichkeiten hinstellt, der Fischer Marcians habe 30 oder 40 Jahre hindurch gefischt, derjenige Papinians nur kürzere Zeit, oder jener ohne Beeinträchtigung der Nachbarn, dieser mit solcher. Nicht besser aber sind in der That alle bisher angestellten Erklärungsversuche: es lohnt nicht, sie einzeln durchzusprechen.[98a])

98) Otto, thesaurus iuris Romani tom. V praef. p. 15, will freilich l. 45 pr. von der Ersitzung des deverticulum selbst verstehen, l. 7 dagegen von der Ersitzung der Fischerei darin.

98a) Angeführt sei nur der Versuch Kappelers a. a. O.

Das richtige Verständniß beider Stellen ist deshalb verschlossen geblieben, weil man den Ausdruck „in fluminis publici deverticulo“ nicht gewürdigt, sich vielmehr dabei beruhigt hat, ihn nach dem Vorgange der Glosse einfach für „in parte fluminis“ zu nehmen. Deverticulum fluminis ist vielmehr ein Wasserbehälter, der zwar vom Flusse sein Wasser erhalten hat, aber nicht oder nicht mehr zum Wasserzuge des Flusses gehört, also der todte Arm eines Flusses, oder auch ein s. g. Ausschlag oder Kolk, d. h. eine Vertiefung, die der Fluß bei einer Ueberschwemmung gerissen und mit Wasser gefüllt hat, [99]) — immer aber ein Gewässer, welches vom Wasser nicht mehr durchflossen wird, vielleicht mit dem gegenwärtigen Flusse gar nicht mehr oder nur bei Hochwasser zusammenhängt. Ebendeshalb ist es kein Theil des flumen publicum und unterliegt nicht, wie dieses selbst, dem usus publicus, sollte es gleich herrenlos geblieben sein. Wie es aber des Eigenthums fähig ist, so kann es vollends unbedenklich den Gegenstand gewöhnlicher Servituten bilden, die darum auch vermöge der ordentlichen Ersitzung entstehen, und zwar, falls kein Eigenthümer vorhanden ist, dessen Recht durch die Servitut geschmälert werden könnte, stets schon in 10 Jahren.

S. 123. Nach ihm gewährt l. 7 der Ausübung der Fischerei in einem Flußarme, welche durch ihre Ausschließlichkeit und ihre Dauer an ein Privatrecht erinnert, einen besondern prätorischen Besitzesschutz. Ueber diese Art der iuris quasi-possessio freilich könne der Ausübende nicht hinauskommen; auch die längst andauernde ausschließliche Wasserbenützung vermöge nicht, ihm ein die thatsächliche Uebung überdauerndes Privatrecht zu begründen. Sobald er die Ausübung vernachlässige, werde er (nach l. 45 pr. cit.) auch vor keinem Andern mehr bevorzugt.

99) Otto l. c. erklärt nicht übel: lacus, qui ex flumine in agrum nostrum intrat.

Ebenſo wenig wie hiernach hinſichtlich des ius piscandi in deverticulo fluminis publici mittels der praescriptio longi temporis ein obtinere loca iuris gentium publica erſtrebt wird, geſchieht dies in dem andern Falle der l. 45 pr. So corrupt in der Darſtellung dieſes Falles der Text offenſichtlich iſt, ſo läßt er doch mit genügender Sicherheit den Thatbeſtand erkennen. Jemand hat am Meeresgeſtade ein Gebäude aufgeführt; dadurch iſt er nach unbeſtrittenem Rechtsſatze Eigenthümer des vom Gebäude eingenommenen Grundes und Bodens geworden. Aber, ſofern nicht etwa der Grund und Boden aufgehört hat, einen Theil des Geſtades zu bilden, dauert dieſes Eigenthum nur ſo lange, als das Gebäude ſteht: iſt letzteres zerſtört, ſo kehrt das von ihm beſetzt geweſene Stück des Geſtades quasi iure postliminii in ſeine frühere rechtliche Lage zurück, d. h. es wird wieder res communis omnium.[100]) Ein Dritter alſo, der auf derſelben Stelle einen Bau errichtet, wird ihr Eigenthümer. Hätte der zuerſt Bauende in der Abſicht, das Eigenthum daran aufzugeben, ſelbſt ſein

100) L. 5 §. 1 D. de D. R. 1, 8: (Gai. lib. 2. rer. cottid. s. aureor.) In mare piscantibus liberum est, casam in litore ponere, in qua se recipiant, L. 6 pr. eod.: (Marcian. lib. 3. instit.) in tantum, ut et soli domini constituantur, qui ibi aedificant, sed quamdiu aedificium manet: alioquin aedificio dilapso quasi iure postliminii revertitur locus in pristinam causam, et si alius in eodem loco aedificaverit, eius erit. L. 14 §. 1 D. de a. r. d. 41, 1 (Nerat. lib. 5. membr.): Illud videndum est, sublato aedificio, quod in litore positum erat, cuius condicionis is locus sit, hoc est, utrum maneat eius, cuius fuit aedificium, an rursus in pristinam causam reccidit perindeque publicus sit, ac si nunquam in eo aedificatum fuisset. quod propius est, ut existimari debeat, si modo recipit pristinam litoris speciem.

Gebäude niedergelegt oder verlassen, so würde ihm unter allen Umständen gegen jenen Dritten keinerlei Rechtsanspruch zustehen. Hätte der Dritte das ursprüngliche Gebäude nach kurzem Bestande niedergerissen, so würde er zwar der actio legis Aquiliae oder einer sonst etwa geeigneten Ersatzklage des frühern Eigenthümers unterliegen, selbst aber gegen diesen, wenn derselbe in Besitz des neuen Gebäudes gelangt sein sollte, eine wirksame rei vindicatio haben: mit der Aufführung des Baus hat er das Eigenthum am Bauplatze erworben. Wie jedoch, wenn der zehnjährige Bestand des Gebäudes gezeigt hat, daß sein Bauplatz dauernd der Herrschaft des Meeres entzogen und der menschlichen Herrschaft unterworfen worden ist: soll auch dann noch der Dritte, der durch Zerstörung des ersten Gebäudes den Bauplatz zunächst wieder zur res communis omnium und dann durch Aufführung eines neuen Gebäudes darauf zu seinem Eigenthume gemacht hat, auch gegenüber dem frühern Eigenthümer geschützt werden? Man sieht, es handelt sich nicht um die Entstehung, sondern lediglich um die Fortwirkung des an dem Bauplatze in litore für den Errichter des ersten [1]) Gebäudes einmal entstandenen Privatrechtes.

Somit würde Papinian seinen Grundsatz: praescriptio longi possessionis ad obtinenda loca iuris gentium publica concedi non solet, keineswegs durchbrechen, wenn er die gestellte Frage verneint, indem er dem Erbauer

1) Hiernach möchte ich in l. 45 pr. cit. etwa lesen: si quis, aedificio funditus diruto, quod in litore posuerat, alterius postea eodem loco extructo, occupanti datam exceptionem opponat, ähnlich wie G. Noodt ad lib. 1 tit. 8 D. de D. R. vorschlägt. Die herausgeworfenen Worte aut dereliquerat aedificium sind ein altes Einschiebsel, mittels dessen sich jemand die ihm unverständliche Stelle verständlich zu machen gesucht hat.

des ersten Gebäudes, welcher in den Besitz des von dessen Zerstörer erbauten gelangt ist, gegen die rei vindicatio dieses Occupanten die praescriptio longae possessionis ertheilen sollte; und ebenso wenig, wenn er hinsichtlich des zweiten Falles mit Marcian übereinstimmte. Andererseits aber begreift sich bei dieser Auffassung, weshalb er so überaus seltene Thatbestände vorführt: für langjährige Ausübung von Sondernutzungen an res in publico usu hätten sich wahrlich einfachere Beispiele finden lassen!

Und in der That nur dann, wenn wir ihn in diesem Sinne verstehen, werden wir seinem Ausdrucke gerecht. Mit den Worten: quod ita procedit — kann er nur einen Gegensatz zu dem Vorhergehenden einleiten, d. h. sagen, die praescriptio longi possessionis, deren Anwendung ad obtinenda loca iuris gentium publica er bestritten hat, finde dagegen in den folgenden Fällen Anwendung. Es ist ganz unzulässig, mit der Glosse als Subject, quod ita procedit, hinzuzudenken: quae quaestio oder huius rei exemplum. Wie ließe sich von einem concedi non solere sagen: ita procedit! Gerade umgekehrt muß das, quod procedit, das concedi sein. Und wie könnte Papinian im ersten Falle reden von einem datam exceptionem opponere, wenn er ein Beispiel für die Nichtgewährung eben dieser Einrede anführen wollte? Es ist eine zwar geistreiche, aber durchaus verfehlte Nothhülfe der Glosse, zu *datam* zu ergänzen: „a iure," und das *opponat* mit der kühnen Wendung: „quod non potest" abzuwehren. Nicht viel glücklicher übrigens ist der Vorschlag des Cujaz,[2]) statt *datam* zu lesen *dictam*.

Hiernach werden wir eine praescriptio definita solcher Sonderrechte an res in publico usu, welche

2) Ad libros Papiniani responsorum ad h. l.

den Gemeingebrauch beschränken, allgemein verwerfen dürfen. [2a])

Die Frage nach dem Wesen jener Sonderrechte macht keine Schwierigkeit.

Wird einem Einzelnen gegen solarium gestattet, auf einem dem Gemeingebrauche unterliegenden öffentlichen Platze ein Gebäude zu errichten oder ein unbefugt errichtetes stehen zu lassen, [3]) so ist damit das Verhältniß der Superficies gegeben, welches bekanntlich vorzugsweise in dieser Art begründet wird. [3a])

Erlangt ein Einzelner sei es kraft gehöriger Verleihung, sei es kraft unvordenklicher Uebung ein anderes Nutzungsrecht an einer res in publico usu, so ist dieses Recht als ein servitutisches anzusehen, und zwar, wie l. 1 §. 43 D. de aq. cott. 43, 20 cit. [4]) hervorhebt, je nach den Umständen als Prädialservitut, oder als Personalservitut. Dies gilt nach spätern classischen Rechte auch für die Gestattung der Wasserableitung aus einer öffentlichen Wasserleitung; ist hier das gewährte Recht immerhin nicht eine servitus iure constituta, so wird es nach Caracalla gleichwohl nicht minder rechtlich geschützt. [5])

2a) Für irrig halte ich demnach die Entscheidung des Reichsgerichts (5. Senat) v. J. 1887 in Seufferts Archiv XLII, 194, welche auch hier die ordentliche Servitutenersitzung zuläßt.

3) L. 2 §. 17 D. ne quid in loco publ. 43, 8.

3a) Kappeler a. a. O. S. 120 f. N. 2.

4) S. oben S. 153 f.

5) L. 2 D. comm. praed. 8, 4 (Ulp. lib. 7. ad ed.). l. 9 D. de S. Pr. R. 8, 3 (Paul. lib. 1. sent.). L. 6 pr. Cod. de aquaed. 11, 43 (42) von Theodos 2. und Valentinian 3. spricht geradezu von omnis servitus aquarum aquaeductus Hadriani, indem sie diese Servitut aufhebt. Kappeler a. a. O. S. 120 N. 2. Ich

Wird eine Sondernutzung der bezeichneten Art auf Widerruf verliehen, so ist der Beliehene Precarist; ist sie ihm auf Zeit bewilligt, Miether oder Pächter, wenn er dafür einen Preis zu entrichten hat, andernfalls einem Commodatar ähnlich.

Ob und wie weit ein dingliches oder ein Forderungsrecht auf eine solche Sondernutzung oder dessen Ausübung sich auf einen Dritten übertragen lasse, hängt von dem Wesen und Inhalte dieses Rechtes ab. [6])

Ein verhängnißvoller Mißgriff aber ist es, wenn Bekker [7]) den Inhabern derartiger Sonderrechte die Anlieger der res in publico usu als eine zweite Classe Vorzugsberechtigter zur Seite stellt.

Allerdings sind die Anlieger thatsächlich in der Lage, häufiger und umfangreicher als die Nichtanlieger den ihnen allen gleichmäßig erlaubten Gemeingebrauch auszunutzen; ja nicht selten kommt dieser ihnen ausschließlich zugut.

sehe nicht ein, mit welchem Rechte Eisele a. a. O. S. 39 diese Bezeichnung für gänzlich bedeutungslos erklärt.

Damit verschwindet auch das Bedenken, welches gegen v. Savignys Auslegung der l. 7 Cod. de servit. 3, 34 (oben zu N. 94 S. 155) aus dem Umstande hergeleitet wird, daß die Stelle in den Titel de servitutibus aufgenommen ist, und welches v. Savigny selbst a. a. O. S. 502 N. y a. E. nur dadurch meint beseitigen zu können, daß er sie für eine lex fugitiva hält.

Zugleich ergiebt sich, daß ein Sonderrecht servitutischer Natur wie jede andere Servitut durch 10jährigen Nichtgebrauch untergeht. Kappeler a. a. O. S. 126.

6) Mehr will auch wohl Bekker a. a. O. S. 344 nicht sagen mit den Worten: „Das erworbene Recht kann auch pachtweis weiter übertragen werden.“ Das beigefügte Citat (Seufferts Archiv Bd. XVII Nr. 244) stimmt nicht; ich bin jedoch nicht imstande, es zu berichtigen.

7) A. a. O. S. 343 unter B a.

Und ſicherlich vermag der dadurch gebotene Vortheil den Werth eines anliegenden Grundſtücks ſehr erheblich zu ſteigern, wie umgekehrt ſeine Schmälerung und vollends ſeine Entziehung oft eine empfindliche Entwerthung dieſes Grundſtücks verurſacht. Allein es handelt ſich doch nur um einen thatſächlichen Vorzug der Anlieger vor den Nichtanliegern: dem betheiligten Gemeinweſen gegenüber haben die Einen genau ſo wenig Anſpruch auf Fortbeſtehen der ihnen aus dem Gemeingebrauche gewährten Vortheile, als die Andern; die Verfügung der zuſtändigen Behörde kann jederzeit den Gemeingebrauch auch für die Anlieger ſchmälern und aufheben. An dieſer rein thatſächlichen Natur des den Anliegern als ſolchen zukommenden Vorzugs hat auch der Umſtand nichts umgewandelt, daß, wie wir ſehen werden, [8]) infolge des veränderten Weſens der Populariterdicte zum Schutze des Gemeingebrauchs Dritten gegenüber die Theilnahme an jenem Gebrauche ein wirkliches Privatrecht geworden iſt. Ein ſolches Privatrecht findet ſich ja hinſichtlich der loca publica ſchon im römiſchen Rechte, inſofern hier dem Einzelnen, den eine beabſichtigte Anlage in ſeinem bisherigen Genuſſe des Gemeingebrauchs gefährdet, das interdictum privatum zuſteht Ne quid in loco publico cum alterius damno fiat; und doch ſtützen die Römer dieſes Interdict gerade darauf, daß die loca publica dem Gemeingebrauche dienen, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque, et tantum iuris (in iis) habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet. [9]) In der That kann es ſich hier ſchon deshalb nicht um ein Vorzugsrecht handeln, weil der Inhalt des Anſpruchs lediglich darin beſteht, den

8) Ziffer 12 zu N. 35 S. 174.
9) L. 2 §. 2 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (ſ. oben S. 54 f. N. 67).

thatsächlichen Antheil des Klägers am Gemeingebrauche zu schützen, ihm dagegen in keiner Weise mehr als diesen Antheil gewährt.

12. Wie ordentlicherweise die Widmung einer eigenthumsfähigen Sache für den öffentlichen Gebrauch nur kraft einer darauf gerichteten Verfügung der zuständigen Verwaltungsbehörde erfolgt, so entspricht es der Fürsorge für das Gemeinwohl, daß einer solchen Behörde von Amtswegen auch der Schutz dieses öffentlichen Gebrauches obliege.

So war es denn auch im römischen Reiche. [10]) Und

10) Die Aedilen in Rom und die Statthalter in den Provinzen verbanden bekanntlich die Eigenschaft der Verwaltungsbehörde mit der Jurisdiction. Die gleiche Doppelstellung scheint l. 10 §. 2 D. de aq. et aq. pl. 39, 3 (Ulp. lib. 53. ad ed.) auch dem Prätor beizulegen. Si flumen navigabile sit, non oportere praetorem concedere ductionem ex eo fieri, Labeo ait, quae flumen minus navigabile efficiat . idemque est, et si per hoc aliud flumen fiat navigabile. Allein die richtige Deutung erhält diese Stelle durch l. 2 D. de flum. 43, 12 (Pompon. lib. 34. ad Sab.): Quo minus ex flumine publico ducatur aqua, nihil impedit (nisi imperator aut senatus vetet), si modo ea aqua in usu publico non erit: sed si aut navigabile est aut ex eo aliud navigabile fit, non permittitur id facere. Danach bedeutet die concessio praetoris in l. 10 §. 2 cit. nichts weiter, als die Versagung des Interdicts, das in l. 1 pr. D. de flum. 43, 12 mitgetheilt wird. Vgl. l. 3 §. 1 D. ne quid in loco publ. 43, 8 vbd. mit l. 2 §. 8 eod. und dazu unten zu Titel 8 Ziffer 2 zu N. 28. Entsprechend ist umgekehrt in l. 1 D. ne quid in loco publico fiat 43, 8 (Paul. lib. 64. ad ed.: In loco publico praetor prohibet aedificare et interdictum proponit) das prohibet nicht von einem Einschreiten des Prätors im Verwaltungswege zu verstehen, sondern gerade von

zwar finden wir hier keinen grundsätzlichen Unterschied hinsichtlich der Fürsorge für den usus publicus an eigenthumsfähigen Sachen einerseits [11]) und derjenigen für den usus publicus an den res communes omnium [12]) und den flumina publica [13]) anderseits.

Ob ein von Amtswegen geübter Schutz den Gemeingebrauch gegen Beeinträchtigung genügend sichert, das hängt wesentlich ab von der Zahl, Einrichtung und Tüchtigkeit der mit seiner Wahrnehmung betrauten Behörden.

In Rom hat sich frühzeitig das Bedürfniß geltend gemacht, den Schutz des usus publicus nicht den Behörden allein zu überlassen. Der Prätor stellte eine Reihe von Popularinterdicten auf, mittels deren jeder Bürger, auch wenn er persönlich gar nicht interessirt war, eine drohende Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs verbieten und die Rückgängigmachung einer bereits eingetretenen anbefehlen lassen konnte. [14]) Entstand Streit über die bindende Kraft

dem Aufstellen (und Ertheilen) des interdictum Ne quid in loco publico fiat, quo damnum privato detur. S. unten zu Tit. 8 Ziffer 2 zu Anf. — Auch in l. 50 D. de a. r. d. 41, 1 bezeichnet das decretum praetoris nicht eine Verwaltungsverfügung, sondern ein Rechtsverbot. S. das. nach N. 29.

11) L. 2 §§. 17. 24. 25. l. 7 D. ne quid in loco publ. 43, 8. tit. D. 43, 10 de via publ. l. 3 §. 1 D. de via publ. ref. 43, 11. l. 3 §. 4. l. 5 D. quod vi 43, 24. l. 2 D. de mun. et hon. 50, 4. l. 13 (12) D. de per. et comm. 18, 6. Paul. V, 6, 2.

12) L. 50 D. de a. r. d. 41, 1. l. 3 §. 1. l. 4 D. ne quid in loco publ. 43, 8.

13) L. 10 §. 2 D. de a. et a. pl. a. 39, 3. l. 2 D. de flum. 43, 12. l. 17 D. de S. Pr. R. 8, 3. l. 2 D. de extraord. cogn. 50, 13.

14) S. diese Serie des Commentars Thl. 2 §. 1839 Ziffer 110 S. 321 ff.

Die populären actiones de effusis et deiectis wegen

oder über die gehörige Befolgung des Interdicts, so wurde dieser in dem eigenthümlichen Interdictenverfahren auf Rechnung des Impetranten gerichtlich ausgefochten. Hiervon handelt l. 1 h. t.

Pompon. lib. 30. ad Sab.: Cuilibet in publicum petere permittendum est id, quod ad usum omnium pertineat, veluti vias publicas, itinera publica: et ideo quolibet postulante de his interdicitur.

Daß die ganz allgemeinen Ausdrücke cuilibet und quolibet gemäß genauer redenden Quellenaussprüchen in dem beschränktern Sinne von cuilibet, quolibet ex populo zu verstehen sind, haben wir bereits an früherer Stelle dieses Commentars bemerkt. [15])

Im Zusammenhange mit der Befugniß, wegen der loca in publico usu ein Interdict zu erwirken, steht jedem Bürger auch die Befugniß zu, publici iuris tuendi gratia die operis novi nuntiatio vorzunehmen, si in publico aliquid fiat. [16])

Tödtung und Verletzung eines freien Menschen, de positis et suspensis (l. 5 §§. 5 sq. de eff. et deiect. 9, 3) und die ädilicische actio de bestiis (l. 40 §. 1—l. 42 D. de aed. ed. 21, 1) sind nicht auf viae und loca publica beschränkt, sondern finden überall statt, wenn die Ungebühr da geschieht, quo vulgo iter fit, auch auf Privatgrundstücken ohne öffentlichen Weg. L. 1 §. 2 D. de eff. et deiect. 9, 3 (Ulp. lib. 23. ad ed.): quia iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur.

15) Thl. 1 dieser Serie §. 1835 Ziffer 7 S. 42 N. 5.

16) L. 1 §§. 16. 17 i. f. (quibus ex causis et interdicta proponuntur). l. 3 §. 4. l. 4 D. de O. N. N. 39, 1. Schmidt das Interdictenverfahren der Römer S. 132 N. 17. Bruns die römischen Popularklagen in Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 3 S. 390 unter B 3 (in kleinere Schriften Bd. 1 S. 354). Stölzel die Lehre von der operis novi nunciatio S. 471 f.

Als Popularklage [17]) iſt vermuthlich auch die, wahrſcheinlich im Edicte proponirte, [18]) actio in factum gegen denjenigen aufzufaſſen, welcher auf einem im Gemeingebrauche befindlichen Grundſtücke unbefugt einen menſchlichen Leichnam beerdigt hat.

L. 8 §. 2 D. de relig. 11, 7:

(*Ulp.* lib. 25. ad ed.) Si in locum publicis usibus destinatum intulerit quis mortuum, praetor in eum iudicium dat, si dolo fecerit et erit [19]) extra ordinem plectendus, modica tamen coercitione: sed si sine dolo, absolvendus est.

Auch über den Inhalt dieſer Klage läßt ſich nur eine Vermuthung ausſprechen: ſchwerlich ging ſie, wie die private actio in factum wegen unbefugter Beerdigung auf dem Grundſtücke des Klägers, nach deſſen Wahl auf Erſatz des Werthes der durch den Leichnam eingenommenen Grundfläche (loci pretium) oder auf Beſeitigung des Leichnams, [20]) vielmehr wohl ausſchließlich auf das Letztere. Denn gerade dies erfordert das allgemeine Intereſſe unbedingt; und daraus erklärt es ſich, daß, während ſonſt die Beſeitigung von Anlagen in loco publico, die ohne Widerſpruch ſeitens eines Privaten errichtet ſind, nur von Amtswegen und nur dann erzwungen wird, wenn ihr Fortbeſtand dem öffentlichen Intereſſe widerſtreitet, in dieſem Falle zwecks Beſeitigung des Leichnams eine Popularklage ſtattfand. Dahin verſtanden, daß auch ein widerſpruchslos in via publica

17) Bruns a. a. O. S. 390 f. (kl. Schr. S. 354 f.).
18) Lenel ed. perp. S. 179 f.
19) Mommſen ſchlägt vor zu leſen: dat: si dolo fecerit, erit et. Zuſtimmend Lenel a. a. O. S. 180 N. 1. Jedenfalls haben ſich die Worte: si dolo fecerit ausſchließlich auf die extraordinaria coercitio bezogen.
20) L. 7 pr. D. de relig. 11, 7 und dazu Thl. 1 dieſer Serie des Commentars S. 107 zu N. 27.

errichtetes Grabmal nicht geduldet wird, gewinnt die sonst überaus triviale l. 2 D. h. t. einen guten Sinn.

Julianus lib. 48. dig.: Nemini licet in via publica monumentum facere.

Die Verurtheilung in der von uns hiernach angenommenen Popularklage kann kaum auf etwas Anderes ergangen sein, als auf den Betrag des vom Kläger durch iusiurandum in litem festgesetzten Interesse an der Wegräumung des Leichnams.[21])

Die l. 8 §. 2 D. de relig. 11, 7 cit. zeigt zugleich, daß zu Ulpians Zeit im angegebenen Falle statt der actio popularis auch ein crimen extraordinarium zulässig war,[22]) sei es nun kraft eines ausnahmsweis allgemeinen Anklagerechtes, sei es, wie wohl wahrscheinlicher ist, kraft inquisitorischer Officialverfolgung.[23])

Eine zweite Anwendung des crimen extraordinarium zum Schutze der res in publico usu gegen Verunreinigung findet sich bei

Paulus R. S. V, 4, 13 = l. 1 §. 1 D. de extraord. crim. 47, 11:

Fit iniuria contra bonos mores, veluti si quis fimo corrupto aliquem perfuderit, caeno, luto oblinierit, aquas spurcaverit, fistulas lacus quidve aliud in iniuriam publicam contaminaverit: in quos graviter animadverti solet.

Will man die Ahndung der iniuria publica[24]) in dem uns angehenden Falle dieser Stelle nicht von einem

21) Vgl. Thl. 1 dieser Serie des Commentars S. 44 ff.

22) S. O. E. Hartmann der Ordo Iudiciorum Thl. 1 S. 484 N. 10.

23) Vgl. Hartmann a. a. O. S. 483 zu N. 4 und 5.

24) In den modernen Erörterungen über iniuria finde ich diesen Fall nicht berührt.

crimen extraordinarium verstehen, so bleibt nur übrig, eine Popularklage anzunehmen, [24a]) die gewiß sehr geringe Wahrscheinlichkeit hat, während für das erstere Verfahren schon im Sinne des Paulus die Thatsachen sprechen, einmal daß der Titel bei den Westgothen in sechs Paragraphen (4, 5, 8, 16, 17 und 21) ausdrücklich von dieser Weise der Verfolgung redet und in weiteren dreien (14, 15 und 22) von ihr verstanden werden muß, und sodann daß die Compilatoren durch Aufnahme unsrer Stelle in den Titel de extraordinariis criminibus bekunden, sie haben dieselbe so verstanden. Die Erhebung des crimen extraordinarium möchten wir auch hier nicht sowohl jedem Bürger beilegen, als vielmehr dem amtlichen Vorgehen des zur Aburtheilung zuständigen Magistrates.

In Einem Falle dient zum Schutze des Gemeingebrauches ein interdictum privatum, nämlich das interdictum Ne quid in loco publico cum alterius damno fiat; es steht demjenigen zu, welcher durch eine beabsichtigte Anlage auf einem locus publicus im Fortgenusse des Vortheils gefährdet wird, welchen ihm dieser locus bisher gewährt hat.

Dieses Interdict und jene Popularinterdicte sollen in den folgenden Titeln eine eingehende Erörterung finden.

Wer in loco publico ein opus vornimmt, hat, weil er nicht in suo handelt, auch ein außergerichtliches Verbot zu beachten. Sonst ist er dem interdictum Quod vi aut clam des Verbietenden ausgesetzt, wenn dieser durch das trotz dem Verbote vorgenommene opus Schaden erlitten hat. Und nicht minder steht jenes Interdict demjenigen zu, dem Schaden erwachsen ist aus einem opus in solo publico factum, welchem zwar thatsächlich Widerspruch

24a) Wie es, wenn ich ihn recht verstehe, thut Rein das Criminalrecht der Römer S. 342 vbd. mit S. 111.

nicht entgegengesetzt worden war, dessen Unzulässigkeit jedoch der Ausführende verständigerweise sich selbst hätte vorhalten sollen.[25])

Es kann ein Einzelner am Gemeingebrauche auch gehindert werden, ohne daß der Gemeingebrauch selbst dadurch beeinträchtigt, ja nur gefährdet wird. In einer dolosen Hinderung solcher Art erblickte die Jurisprudenz vielleicht schon gegen Ende des ersten Jahrhunderts n. Chr.[26]) einen Fall der iniuria und gewährte zur Ahndung der dadurch erlittenen Kränkung die actio iniuriarum auf arbiträre Geldbuße zugunsten des Klägers.[27])

L. 13 §. 7 D. de iniur. 47, 10:

(*Ulp.* lib. 57. ad ed.) Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum[28]) (quod Graece *σαγήνη* dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? sunt, qui putent, iniuriarum me posse agere: et ita ***Pomponius*** et plerique esse huic similem, qui in publicum lavare vel in cavea publica[29])

25) L. 20 §. 5 D. quod vi 43, 24. l. 7 §. 8. l. 11 §. 1 eod. Bruns und Stölzel a. a. O. (s. oben N. 16).

26) Vgl. l. 44 D. de iniur. 47, 10. Javolenus lib. 9. ex posterioribus Labeonis. Ueber die Worte: si tamen iniuriae faciendae causa immittitur (sc. fumus) s. Pernice Labeo Bd. 2 S. 8 f. und v. Jhering Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, in seinen Jahrbüchern Bd. 23 S. 196.

27) v. Jhering a. a. O. unter VIII. Der usus publicus S. 270—280. Landsberg Injuria und Beleidigung, eine Untersuchung über die heutige Anwendbarkeit der actio iniuriarum aestimatoria S. 48 f. unter IV 3 und S. 59 f. unter 11a.

28) D. i. ein Schleppnetz.

29) D. i. öffentliche Sitzreihe im Theater. Vgl. die Parallelstelle (l. 2 §. 9 D. ne quid in loco publ. 43, 8 s. unten im Contexte): in theatro spectare. S. dazu Pernice

sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiatur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest . conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc [30]) conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur . si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium [31]) meum piscari prohibeam, quid dicendum est? me iniuriarum iudicio teneri an non? et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi: sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest . usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure, ut quis prohiberi possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari: quare si quis prohibeatur, adhuc iniuriarum agi potest . in lacu tamen, qui mei dominii est, utique piscari aliquem prohibere possum.

L. 2 §. 9 D. ne quid in loco publ. 43, 8: (*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balineo lavare aut in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus iniuriarum actione utendum est.

Auch in der Gegenwart liegt die Fürsorge für den Gemeingebrauch und dessen Schutz von Amtswegen den Verwaltungsbehörden des Staates und der Gemeinde ob. Die Richtschnur für die wirksame Erfüllung dieser Aufgabe, deren Wichtigkeit mit dem Verkehrsleben von Tag zu Tage

in Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 5 roman. Abth. S. 103.

30) locum *scr.* M.

31) D. i. Villa.

wächst, bilden nicht nur die zahlreichen allgemeinen Gesetze, welche in den modernen Staaten das Wegewesen und die Behandlung der öffentlichen Gewässer regeln, sondern auch die localen Polizeiverordnungen, zu deren Erlasse nach den meisten Gesetzgebungen die Orts- und Bezirks-Polizeibehörden zuständig sind. [32])

Daneben finden wir in ungleich ausgedehnterm Umfange, als bei den Römern, die Ahndung rechtswidriger Gefährdung oder Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs mittels des Strafprozesses auf öffentliche Klage: die schwersten und die häufigsten Fälle derart sind in Deutschland unter den Schutz des Strafgesetzes gestellt. [33])

Unter diesen Umständen erklärt es sich, daß Theorie und Praxis den Popularinterdicten zum Schutze des publicus usus nur noch Anwendung gewähren, soweit sie das Interesse des Klägers daran schützen, also so weit sie nicht popular sind. [34]) Indessen sind die so umgestalteten Popularinterdicte keineswegs zu actiones vindictam spirantes geworden, mittels deren die Einzelnen etwa reagirten „gegen die Antastung ihrer Persönlichkeit, die in der Verkümmerung ihres Antheils am Gemeingebrauch liegt"; [34a]) sie verfolgen vielmehr ausschließlich das Vermögensinteresse, welches der Kläger an ungehinderter Ausübung des Gemeingebrauchs

32) G. Meyer Lehrbuch des deutschen Staatsrechts 3. Aufl. §. 160 S. 475 f.

33) Hinsichtlich öffentlicher Wege gehören aus dem RStGB. hierher §§. 304, 321, 326, 366 unter 3, 9 und 10 und §. 370 unter 1 und 2, hinsichtlich öffentlicher Gewässer §§. 321 und 326. — Dagegen beziehen sich §. 366 unter 5 und 8 und §. 367 auf alle Orte, „wo Menschen zu verkehren pflegen."

34) Bruns a. a. O. S. 410 (kl. Schr. S. 371). Thl. 2 dieser Serie des Commentars S. 531 ff.

34a) Dernburg Pandekten Bd. 1 §. 72 N. 6.

hat. Infolge dieser Umgestaltung der Interdicte hat auch die durch dieselben geschützte Befugniß des Einzelnen zur Mitbenutzung der res in publico usu ihr Wesen geändert: sie ist, wie wir an einer frühern Stelle dieses Commentars [35]) dargelegt haben, zu einem wirklichen Privatrechte geworden. Dieses Recht auf die Benutzung der res in publico usu ist ein dingliches, einem servitutischen Nutzungsrechte sehr ähnliches, Recht, welches unter Umständen erheblichen Vermögenswerth haben kann. [36]) Gleichwohl ist es, wie Bekker [37]) treffend bemerkt, ein Recht besonderer Art, da es vom Einzelnen weder erworben, noch verloren werden kann. Nicht richtig dagegen scheint es mir, wenn jener Gelehrte eine Besonderheit auch in dem Umstande erblickt, daß es sich nicht einmal der Ausübung nach übertragen läßt. Sind doch in gleichem Umfange alle Personalservituten unübertragbar, mit alleiniger Ausnahme des Nießbrauchs, der wenigstens eine Uebertragung der Ausübung gestattet. Und wenn eine eigentliche Prädialservitut mit dem herrschenden Grundstücke von selbst auf dessen Erwerber übergeht, so läßt sich von der Quasi-Servitut des usus publicus immerhin sagen, daß die Gelegenheit, ja oft die Möglichkeit ihrer Ausübung, soweit sie vom Besitz eines bestimmten Grundstücks thatsächlich abhängt, mit letzterm auf jeden Besitzer übergeht. Wohl aber folgt aus der ab-

35) Thl. 2 S. 535 f. Im ganzen stimmt mit der dort gegebenen Ausführung überein die mir erst hinterher bekannt gewordene Ausführung Bekkers, System des heutigen Pandektenrechts Bd. 1 §. 78 Beil. I unter A S. 342.

36) Man vergegenwärtige sich die Werthminderung, welche ein Grundstück dadurch zu erleiden vermag, daß ihm die bisher stattfindende Benutzung eines öffentlichen Weges, eines Flusses entzogen wird.

37) A. a. O. S. 342.

soluten Unveräußerlichkeit dieser Quasi-Servituten der weitere Unterschied von den eigentlichen Servituten, daß sie keinen Vermögensposten für sich ausmachen, [38]) während die Personalservituten dies schlechthin thun, die Prädialservituten aber mindestens gegenüber dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks, der sie ablösen will. Die wesentlichste Verschiedenheit aber der Berechtigung auf den Gemeingebrauch von einer eigentlichen Servitut liegt darin, daß sie ohne weiteres erlischt, sobald der Gemeingebrauch durch Beschluß der zuständigen Behörde aufgehoben wird, — und zwar ohne daß daraus ein Rechtsanspruch auf Entschädigung erwächst.

Der letzte Punct ist indessen keineswegs unbestritten.

Darüber freilich scheint Meinungsverschiedenheit nicht zu bestehen, daß die ordnungsmäßig beschlossene Aufhebung des Gemeingebrauchs einen Entschädigungsanspruch nicht

38) Bekker a. a. O. sagt dafür: „ein Recht von Geldwerth, aber kein Vermögensrecht," — m. E. nicht richtig. Jedenfalls macht ihre Verletzung (vernichten kann sie ein Privater nicht) ersatzpflichtig auf den erlittenen Vermögensschaden.

Thl. 1 S. 536 dieser Serie des Commentars ist als ein weiterer Grund, weshalb unsre Quasi-Servituten nicht in den Bestand unsres Vermögens eingerechnet werden, der Umstand aufgeführt, daß ihr Dasein von der fortdauernden Bestimmung der Sache für den allgemeinen Gebrauch abhängt, diese Bestimmung aber mehr oder minder prekär erscheint, selbst da, wo sie auf der natürlichen Beschaffenheit der dienenden Sache beruht, wie bei einem öffentlichen Flusse, der ja seinen Lauf in einer für die bestimmte Benutzung entscheidenden Weise ändern kann. Diese Erwägung trifft jedoch nicht zu: es ließe sich, wie bei der Werthbestimmung einer Personalservitut, deren Dauer vom Leben des Berechtigten abhängt, eine Wahrscheinlichkeitsberechnung anwenden.

begründe, soweit sie sich auf solche Vortheile beschränkt, welche auch Andern als den Anliegern zugute kommen.[39]) Vielfach dagegen wird den Anliegern für den Wegfall der ihnen allein zukommenden Vortheile des Gemeingebrauches ein Ersatzanspruch gewährt.[40]) Doch stimmen die Anhänger

39) Bekker a. a. O. S. 343 unter A a. E. und die dort angeführten Entscheidungen bei Seuffert, Archiv Bd. XXIX Nr. 243 (OAG. Darmstadt 1870), XXX Nr. 150 (OAG. Berlin 1872) und Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 3 Nr. 49 (1880 = Seufferts Archiv XXXVI, 277); Bd. 6 Nr. 42 (1882 = Seufferts Archiv XXXVIII, 29). Bd. 7 Nr. 53 S. 173 (1881). Hierher gehört wohl auch Seufferts Archiv XVII, 121 (OAG. Celle 1863).

40) Zimmermann in Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Neue Folge Bd. 12 S. 96 ff. Schäffer im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 300. Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 6 S. 102. Bekker a. a. O. S. 346 f. unter b. Dernburg Pandekten Bd. 1 §. 72 a. E. Seufferts Archiv VII, 184; X, 166; XVIII, 141; XXII, 144; XXIX, 244; XXXI, 41. — Dagegen gehört das Erkenntniß bei Seuffert V, 27 (OAG. Lübeck 1847) nicht hierher: es ist vielmehr gerade damit begründet, daß nicht die dafür allein zuständige höchste Staatsgewalt, sondern ohne deren Autorisation das Bauamt zu Frankfurt a. M. eine dem klagenden Anlieger nachtheilige Erhöhung des Leinpfades angeordnet hatte; hierin wurde eine Eigenmacht und Rechtsverletzung gefunden, gegen welche das interdictum Ne quid in loco publico cum alterius damno fiat anwendbar sei. War jedoch zu dem die Klage veranlassenden Beschlusse zwar nicht das Bauamt, wohl aber die höchste Staatsgewalt zuständig, so hätte die Sache m. E. in den Verwaltungsweg gehört, nicht in den Rechtsweg. Jedenfalls hätte das belangte Bauamt den Rechtsweg dadurch abschneiden können, daß es die mangelnde Verfügung der höchsten Staatsgewalt nachholte. Vgl. auch Zimmermann a. a. O. S. 105.

dieſer Anſicht in deren Begründung keineswegs überein. Das Erkenntniß bei Seuffert X, 166 (OAG. Wiesbaden 1850) glaubt, ſich auf das römiſche Recht ſtützen zu können, indem es l. 2 §§. 10 und 12 D. ne quid in loco publ. 43, 8 und l. 1 §. 2 D. de via publ. ref. 43, 11 auch gegenüber der Behörde anwendet, welche kraft ihrer Zuſtändigkeit den Gemeingebrauch zum Nachtheil der Anlieger umgeändert hat. Gemäß dieſen Stellen würde jedoch eine ſolche Abänderung ganz und gar unzuläſſig ſein; es iſt nicht erſichtlich, welche Erwägung das Urtheil dazu geführt hat, ſie gegen Entſchädigung der Benachtheiligten zuzulaſſen. Die Entſcheidung bei Seuffert XVIII, 141 (OAG. Wiesbaden 1862) erſetzt ihre Begründung durch die Behauptung, eine zugefügte unmittelbare Beeinträchtigung des dem anliegenden Grundeigenthümer an einer Ortsſtraße zuſtehenden Gebrauchsrechtes enthalte einen Eingriff in deſſen Vermögensrechte.[41]) Aber das iſt ja gerade die Frage, ob der Anlieger auch gegenüber dem Gemeinweſen, welches an einer ihm gehörigen Sache den Gemeingebrauch gewährt, ein Privatrecht auf dieſen Gebrauch habe! Verwandt iſt die dem Urtheile bei Seuffert XXIX, 244 (OG. Wolfenbüttel 1874) zugrundeliegende Anſchauung. In dem hier zur Entſcheidung gebrachten Falle war infolge einer Neupflaſterung der

41) Aehnlich geht ein Erkenntniß des Ober-Tribunals in Berlin 3. Sen. 1873 (Entſcheidungen des Königl. Ober-Tribunals Bd. 72 Nr. 1 S. 1 ff.) davon aus, daß „den Eigenthümern der an einer ſtädtiſchen Straße belegenen Wohnhäuſer und Gebäude dasjenige Recht der Benutzung der Straße und der ungeſchmälerten Kommunikation mit derſelben, deſſen ſie ihrer Lage nach bedürftig ſind, nicht blos vergönnungsweiſe oder nach adminiſtrativem Ermeſſen, ſondern dauernd und mit dem Charakter eines wohlerworbenen Rechtes gewährt werden müſſe."

Bürgersteig vor dem Hause des Klägers 10 Zoll über dessen Hausflur erhöht, und dadurch der Eintritt in die Hausthür äußerst unbequem gemacht worden. Hierin erblickte nun das Gericht „eine Beeinträchtigung des privativen Eigenthumsrechtes." Weil diese jedoch im öffentlichen Interesse vorgenommen worden sei, so habe freilich der Eigenthümer sie so wenig verhindern können, als er Wiederherstellung des frühern Zustandes zu verlangen vermöge, wohl dagegen stehe ihm eine Forderung auf volle Entschädigung zu, denn nur gegen solche gestatte die maßgebende Staatsverfassung Privateigenthum und Privatgerechtsame für wesentliche Zwecke des Staates oder der Gemeinden in Anspruch zu nehmen. Auch hier also wird einfach vorausgesetzt, was erst zu erweisen stünde, nämlich daß der Anlieger eine „Privatgerechtsame" auf die bei der frühern Höhenlage des Bürgersteigs ihm mögliche Benutzung seiner Hausthür gehabt habe. Muß man sich vom Nachbarn das Verbauen von Fenster und Thür soweit gefallen lassen, als man nicht davor geschützt ist durch eine dem Nachbargrundstücke obliegende gesetzliche Eigenthumsbeschränkung oder Servitut, so ist es gewiß durchaus nicht selbstverständlich, daß die Weise, wie wir unser Haus im Verhältnisse zu einer öffentlichen Straße bisher benutzt haben, eine „Privatgerechtsame" auf den Fortbestand der Möglichkeit dieser Benutzung begründe. Uebrigens dürfte im besprochenen Falle die Hülfe für den Kläger nahe genug gelegen haben, wenn wir in der thatsächlichen Annahme nicht irren, daß zwecks Erhöhung des Bürgersteiges das Haus des Klägers um deren ganzes Maß mit Erde angeschüttet worden war: hierin lag unzweifelhaft ein Eingriff in des Klägers Eigenthum; und wenn er mit Rücksicht auf die Statthaftigkeit der Expropriation nicht imstande gewesen sein sollte, diesen Eingriff mittels der ihm an und für sich zuständigen negatoria in rem actio abzuwehren, so mußte ihm wegen der aufgenöthigten Beschrän-

kung seines Eigenthums ein Ersatzanspruch zuerkannt werden, bei dessen Abschätzung dann die Erschwerung des Eintritts in das Haus mit in Rechnung zu stellen war.

Tiefer begründet als die zurückgewiesenen erscheint folgende Ansicht. Dadurch, daß ein Gemeinwesen eine ihm gehörige Grundfläche zu einer öffentlichen Straße bestimme, verpflichte es sich den Eigenthümern der an dieser Straße gebauten Häuser, dieselbe in einer für die Unversehrtheit und Brauchbarkeit der Häuser geeigneten Beschaffenheit zu erhalten. Nun aber bleibe es immer die Hauptbestimmung der öffentlichen Straßen, dem öffentlichen Gebrauche zu dienen; deshalb müssen freilich im Widerstreite mit letzterm die Sonderrechte der Einzelnen zurücktreten, und es könne daher den Anliegern aus jener stillschweigenden Zusage weder das Recht eingeräumt werden, eine des Gemeinwohls halber beschlossene, ihnen nachtheilige Veränderung der Straße zu verhindern, noch auch eine Klage auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes. Wohl jedoch sei ihnen nach Analogie der Grundsätze über Expropriationen eine Klage auf Ersatz ihres Interesse zu gewähren.[42]) Wir wollen davon absehen, daß eine derartige stillschweigende Garantiezusage höchstens denen einen Anspruch gewähren könnte,

42) Schäffer a. a. O. Seufferts Archiv XXII, 144 (OAG. Rostock 1865). Aehnlich ist wohl auch die Ansicht des OAG. Darmstadt 1848 bei Seuffert VII, 184. Wenn ich recht verstehe, stimmt auch Bekker a. a. O. S. 346 dieser Ausführung zu, obwohl sie einerseits für ihn gar nicht nöthig ist, da er den Anliegern servitutische Rechte giebt (s. oben Ziffer 11 S. 163 zu N. 7), die zwangsweis selbstverständlich nur gegen Entschädigung aufgehoben werden können, während sie anderseits den Anliegern nur eine Forderung auf Entschädigung zu verschaffen vermag, nimmer jedoch ein servitutisches Recht.

welche dieselbe durch nachfolgende Handlung, nämlich Errichtung eines Gebäudes oder Singularerwerb eines solchen, acceptirt haben, nicht jedoch denjenigen, welche bereits vor der Erklärung eines Grundstücks zur öffentlichen Straße an demselben Gebäude errichtet hatten, [43]) oder welche ein vorher errichtetes ererben. Auch daran wollen wir uns nicht

43) In noch höherm Maße trifft ein ähnlicher Einwand diejenige Ansicht, welche aus der polizeilichen Baugenehmigung das Recht des Bauherrn herleitet, „sein Gebäude an der öffentlichen Straße gerade in der genehmigten Form und in dem bestimmten Lageverhältnisse zur Straße zu haben, so daß bei der geringsten Veränderung der Straße, auch ohne eigentlichen Schaden für den Anlieger, sondern etwa bei jeder geringfügigen Unbequemlichkeit, eine Beeinträchtigung dieses Rechts, und deshalb, da nicht die Unterlassung der Beeinträchtigung begehrt werden kann, ein Anspruch auf Entschädigung anzunehmen wäre," — eine Ansicht, für die, wie Zimmermann a. a. O. S. 108 Nr. 35 mittheilt, sich der französische Cassationshof ausgesprochen hat laut Sirey Jurisprudence de la cour de cassation Tom. 29 p. 85. Diese Ansicht würde außerdem noch zu erklären haben, wie so der für den Bauherrn begründete rein obligatorische Anspruch auf die Singularnachfolger im Eigenthume des Gebäudes übergehe. Vor allem aber beachtet sie nicht, daß die Baupolizei, welche den Bauplan genehmigt, als solche gar nicht zuständig ist, derartige Verträge abzuschließen, welche das Gemeinwesen als Eigenthümer der Straße binden sollen. Vgl. auch Zimmermann a. a. O. S. 108 f.

Die Entscheidung des Reichsgerichtes (1. Hilfssenat 1882) in Entscheidungen Bd. 7 Nr. 63 (vgl. auch Bd. 25 Nr. 50. 6. Civilsenat 1889) construirt nach dem Allg. Preußischen Landrechte Thl. 1 Tit. 8 eine, durch stillschweigenden Vertrag begründete, Servitut der Anlieger einer städtischen Straße an derselben, indem sie die Gewährung eben dieses Rechtes als die Gegenleistung

stoßen, daß „die Hauptbestimmung der öffentlichen Straßen, dem öffentlichen Gebrauche zu dienen," nur solange entscheidenden Einfluß auf die daraus hergeleiteten Rechtsverhältnisse auszuüben vermag, als sie nicht aufgehoben worden ist, folglich aus ihr sich nicht erklärt, weshalb die Anlieger auch dann einen Anspruch auf Entschädigung erhalten, wenn jene Bestimmung kraft ordnungsmäßiger Verfügung aufgehoben wird. Denn das ist doch wohl kaum die Meinung, daß solcher Anspruch allerdings bei einer ihnen nachtheiligen

ansieht, welche die Gemeinde anbiete, indem sie durch Erklärung eines gewissen Terrains zur Straße zur Bebauung der anliegenden Grundstücke unter gewissen, durch Gesetz oder polizeiliche Anordnungen regulierten Bedingungen und Beschränkungen auffordere, oder welche sie gewähre, indem sie den Eigenthümer eines an der Straße bereits stehenden Hauses zwinge, sich den erwähnten Einschränkungen seines Eigenthums zu unterwerfen. Diese Construction würde, wenn sie richtig wäre, auch für das gemeine Recht Geltung beanspruchen müssen (Dernburg a. a. O. N. 7). Allein sie ist in der That nicht stichhaltig: ein Recht auf Benutzung der Straße, welches gegenüber der Gemeinde, die es verletzt, gar nicht anders geltend gemacht werden kann, als in der Form eines Entschädigungsanspruchs, ist das gerade Gegentheil eines dinglichen Rechtes. Auch läßt sich das Verhältniß der Gemeinde zu dem Eigenthümer eines vor der Straßenanlegung bereits stehenden Hauses nicht wohl als Vertragsverhältniß bezeichnen, wenn man nicht den Begriff des Vertrages aufgeben will. Damit aber stellt sich auch diese vermeintliche Construction als petitio principii heraus. Sie wird übrigens nach Angabe der besprochenen Entscheidung 21 S. 216 getheilt von der französischen Jurisprudenz und ist für das Gebiet des französischen Rechtes vom Reichsgerichte selbst befolgt. Entsch. Bd. 10 Nr. 76 (2. Civilsenat), wo auch Litteratur verzeichnet ist.

Veränderung der Straße erwachse, nicht dagegen bei deren gänzlicher Einziehung. Oder dürften sie dieser erfolgreich widersprechen?! Allein auf das Entschiedenste muß bestritten werden, daß ein Gemeinwesen durch Bestimmung einer Grundfläche zu einer öffentlichen Straße stillschweigend die behauptete Garantiezusage leiste. Daß die Vertretung des Gemeinwesens eine solche Zusage wirklich ertheilen wolle, nimmt auch die hier bekämpfte Meinung schwerlich an. Jedenfalls darf ich versichern, daß bei den zahlreichen Beschlüssen, kraft welcher die Stadt Marburg öffentliche Straßen in den zehn Jahren angelegt hat, während deren ich Mitglied der dortigen städtischen Verwaltung gewesen bin, m. W. niemals an eine derartige Garantie auch nur gedacht worden ist. Es kann sich also nur handeln um eine Zusage, welche, unabhängig vom wirklichen Willen der beschließenden Personen, gemäß der Regel des Lebens verständigerweise vermuthet, oder vielmehr vorausgesetzt werden müßte. Damit sind wir dann vor die Frage gestellt: was zwingt, vielmehr was berechtigt zu dieser Voraussetzung? Und darauf finde ich schlechterdings keine andere Auskunft, als die: nichts, als das mehr oder minder deutliche Bewußtsein, daß sich nur so der von vornherein nothwendig erachtete Entschädigungsanspruch construiren läßt! Wir kommen m. a. W. heraus bei einer versteckten petitio principii.[44]) In Wahrheit besagt die Verfügung, welche eine Straße zur öffentlichen macht, nichts weniger und nichts mehr, als daß diese Straße in ihrem jeweiligen Zustande solange als öffentliche gelten solle, bis in irgend einer Hinsicht eine abändernde Verfügung ergeht. Und in dieser Erklärung allein liegt die Einladung an die Anlieger und diejenigen, welche es werden wollen, gemäß den bestehenden

44) S. die treffende Ausführung der Entscheidung des OLG. Hamburg 1888 in Seufferts Archiv XLV, 99.

Bauvorschriften Gebäude an der Straße zu errichten. Da es indessen aus der Logik der Thatsachen folgt, daß die zuständige Behörde einer öffentlichen Straße die heute ihr gegebene Eigenschaft nicht morgen wieder entzieht, und weiter, daß die öffentliche Straße als solche den örtlichen Verhältnissen wenigstens einigermaßen entsprechend im Stande gehalten werden muß, so ist damit schon, wie die Erfahrung zeigt, in ausreichendem Maße diejenige thatsächliche Sicherheit hinsichtlich des Daseins der Straße gewährt, welche für Bauunternehmungen unentbehrlich ist.

Noch künstlicher als die eben besprochene Ausführung ist die Begründung der Entscheidung in Seufferts Archiv XXXI, 41 (OG. Wolfenbüttel 1874). Es handelte sich hier, gerade umgekehrt wie in der oben [45]) besprochenen Entscheidung des nämlichen Gerichtes, um die Benachtheiligung, welche die Klägerin durch Tieferlegung der Straße erlitten hatte, indem dadurch die Grundmauer ihres Hauses freigelegt, den Kellern die nach außen schützende Erde entzogen, und der Zugang erschwert worden war. Das Urtheil nimmt an, Staat und Gemeinden erbringen die ihnen obliegenden Cautionen durch einfaches Versprechen; ein solches werde im heutigen Processe durch die Drohung erzwungen, dasselbe im Ungehorsamsfalle als geleistet anzusehen. Es haben aber im Gegensatze zur römischen Verfassung nach der maßgebenden Staatsverfassung die Gerichte „auch den Verwaltungsbehörden gegenüber theils das Eigenthum und die übrigen Rechte der Einwohner vor anderen Beschränkungen, als denen, welche auf Recht und Gesetzen beruhen, zu schützen, theils darüber, ob und welche Entschädigung demjenigen gebühre, welcher durch Handlungen der Verwaltungsbehörden in seinen wohlerworbenen Rechten verletzt ist, ohne Zulassung eines Competenzconflictes zu

45) S. 177 f.

entſcheiden." Demnach „unterliegen heutzutage auch der Staat und die Gemeinden der vor den Gerichten durchzuſetzenden Verpflichtung, wegen öffentlicher Anlagen, welche ſie durch ihre Beamten auf öffentlichen Straßen errichten, den gefährdeten Nachbarn cautio damni infecti zu leiſten," während dies nach römiſchem Rechte deshalb nicht der Fall geweſen ſei, weil gegen öffentliche Anlagen auf öffentlichem Grunde und Boden das gewöhnliche Nöthigungsmittel zur Erlangung jener Caution, nämlich die Beſitzeinweiſung, ſeinen Dienſt verſagt habe.[46]) „Oder vielmehr" es haben der Staat und die Gemeinden, „da der Staat die Sicherheit des Eigenthums und der übrigen Rechte jedem Einzelnen ausdrücklich gewährt, auch ohne dieſe Caution, als ob ſie geleiſtet wäre, die benachtheiligten Anlieger ſchadlos zu halten (Iherings Jahrb. Bd. 6 S. 102; Seuſſerts Archiv Bd. 7 Nr. 184,[47]) Bd. 22 Nr. 144;[48]) vgl. Bekker Aktionen Bd. 2 S. 48 ff.). Infolge dieſer Caution, deren Zweck ſich darauf beſchränke, das Nebeneinanderbeſtehen mehreren (?) Eigenthums zu ermöglichen, ſowie infolge der ebenſo begrenzten Garantie ſei dann aber dem Nachbar keineswegs jeder Verluſt eines durch den öffentlichen Weg bisher genoſſenen Vortheils, wie bei dem Interdicte: ne quid in loco publico vel itinere fiat, ſondern nur die im weſentlichen Gebrauche ſeines Grundſtückes erlittene Beeinträchtigung zu vergüten (fr. 24 §. 12, fr. 26 pr. de damno inf. 39, 2). Werde der Anlieger durch die Straßenänderung am bisherigen Gebrauche ſeines Grundſtückes verhindert und genöthigt, um dieſen Gebrauch wieder

46) Soweit folgt die Entſcheidung der Ausführung Zimmermanns in Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß. N. F. Bd. 12 S. 103 ff. Vgl. oben Ziffer 8 N. 32 S. 104 f.

47) S. oben N. 42.

48) S. daſ.

zu erlangen, Koſten aufzuwenden, deren Aufwand jeder verſtändige Mann für unumgänglich erkläre, ſo ſei er für ſolchen Verſtoß gegen das Nachbarrecht bei Gericht Erſatz zu fordern berechtigt (arg. fr. 10 de serv. praed. urb. 8, 2); handele es ſich dagegen bloß um Unannehmlichkeiten und Beläſtigungen oder Entziehung früherer commoda, die der Nachbar ſeiner Theilnahme am Gemeinweſen verdanke, ſo könne er dawider nur bei den vorgeſetzten Regierungsbehörden im Beſchwerdewege Abhülfe ſuchen. (Vgl. Seuffert Archiv Bd. 29 Nr. 244.) [49]) Nun gewährt allerdings die cautio damni infecti für den Fall einen Entſchädigungsanſpruch, wenn das Nachbarhaus infolge der Bloßlegung ſeiner Grundmauern eingeſtürzt iſt, übrigens auch dies nur dann, wenn ſie wirklich beſtellt worden; eine Fiction der Caution iſt nicht zuläſſig. [50]) Dagegen kann ein Erſatzanſpruch für die Erſchwerung des Eintrittes in das Haus und für die Verſchlechterung ſeiner Keller durch Abtragen von Erde mittels der cautio damni infecti nicht begründet werden; die Entziehung der Vortheile, welche das Haus aus der höhern Lage der Straße bisher genoſſen hat, bildet kein damnum im Sinne jener Caution. [51])

49) S. oben S. 177 f.

50) S. Thl. 3 dieſer Serie des Commentars §. 1846 Ziffer 4 S. 232 ff.

51) So richtig Zimmermann a. a. O. S. 109 und Seufferts Archiv XXX, 150 (OAG. Berlin 1872). L. 24 §. 12 D. de damn. inf. 39, 2 (Ulp. lib. 81. ad ed.): Item videamus, quando damnum dari videatur: stipulatio enim hoc continet, quod vitio aedium loci operis damnum fit. ut puta in domo mea puteum aperio, quo aperto venae putei *tui* praecisae sunt: an tenear? ait Trebatius non teneri me damni infecti: neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua iure meo usus sum. si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti

Daran vermag auch der Hinweis auf l. 10 D. de S. Pr. U. 8, 2 [52]) nichts zu ändern. Denn wenn nach dieser

stipulatio committetur. L. 26 eod. (Id. eod. lib.): Proculus ait, cum quis iure quid in suo faceret, quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen teneri ea stipulatione: veluti si iuxta mea aedificia habeas aedificia eaque tu iure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces: quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti [uti *scr.* So nach Burchard a. a. O. S. 53 N. 36 schon Dion. Gothofredus] lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur. mihi videtur vera esse Proculi sententia.

52) Marcellus lib. 4. dig.: Gaurus Marcello: binas aedes habeo, alteras tibi lego [vel usumfructum earum *ins.* M.], heres aedes alteras allius tollit et luminibus tuis officit: quid cum illo agere potes? et an interesse putes, suas aedes altius tollat an hereditarias? et de illo quaero, an per alienas aedes accessum heres ad eam rem, quae legatur, praestare debet, sicut solet quaeri, cum usus fructus loci legatus est, ad quem locum accedi nisi per alienum non potest. Marcellus respondit: qui binas aedes habebat, si alteras legavit, non dubium est, quin heres alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium: idem dicendum est, si alteri aedes, alteri aliarum [*pro* alteri aedes alteri aliarum *leg.* alterarum *fere cum Cuiacio sec.* M.] usum fructum legaverit. non autem semper simile est itineris argumentum, quia sine accessu nullum est fructum legatum, habitare autem potest et aedibus obscuratis. ceterum usu fructu loci legato etiam accessus dandus est, quia et hausto relicto iter quoque ad hauriendum praestaretur. sed ita officere luminibus et obscurare legatas aedes conceditur, ut

Stelle der Erbe durch bauliche Veränderungen des ihm verbleibenden Erbschaftshauses dem benachbarten Erbschaftshause, welches einem Dritten vermacht worden ist, das nothdürftige Tageslicht nicht entziehen darf, — so ist damit keineswegs ein allgemeines Nachbarrecht auf den bezeichneten Bedarf an Licht oder gar auf alle für die gewöhnliche Benutzung eines Hauses unentbehrlichen Vortheile festgestellt worden, welche einem Hause aus der Umgebung zukommen, wie Luft, Wind und Sonne; vielmehr handelt es sich ganz ausschließlich um den Inhalt eines Vermächtnisses. Ein vermachtes Haus soll durch Handlungen des Erben nicht für die alltäglichen Lebenszwecke unbrauchbar gemacht werden, auch nicht durch solche Handlungen, zu denen der Erbe an und für sich berechtigt wäre: sie würden dem Willen des Erblassers zuwiderlaufen.

Dernburg[53]) endlich stützt die Entschädigungsansprüche, welche nach seiner Ansicht das heutige Recht, abweichend vom römischen, den Anliegern städtischer Straßen gegen Staat oder Gemeinde giebt, wenn ihnen durch Verlegung oder Veränderung der Straße „die bisherige Kommunikation unmöglich gemacht wird," auf den „Grundsatz des jetzigen Rechts, daß Maßnahmen im öffentlichen Interesse, welche eine Schädigung des Vermögens von Privaten bewirken, auf Kosten der Gemeinheit und nicht der Einzelnen geschehen." Aber es scheint mir undenkbar, daß Dernburg diesen „Grundsatz" in vollem Umfange anwenden möchte. Oder sollte er wirklich den Frachtfuhrleuten eine Entschädigung von Staatswegen dafür zuerkennen, daß sie infolge der Eröffnung einer Eisenbahnlinie ihren Erwerb

non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione.

53) Pandekten Thl. 1 §. 72 a. E.

verlieren? oder dem Gastwirthe, bei dem aus gleichem Grunde der frühere Zuspruch der Reisenden aufgehört hat? Ließe er die Gemeinde bei Anlegung neuer Straßen in der That den Eigenthümern und Hypothekaren der Häuser an den alten Straßen für die, oft recht erhebliche, Werthminderung aufkommen, welche diese Häuser dadurch erleiden, daß der Geschäftsverkehr sich aus den alten in die neuen Straßen zieht? Hielte er das Reich für verpflichtet, jedem Industriellen und jedem Landwirthe Ersatz des Schadens zu gewähren, der ihnen nachweisbar aus den neuen Handelsverträgen entspringt? Und doch sind Eröffnung von Bahnlinien, Anlegung neuer städtischer Straßen, Abschluß von Zollverträgen sicherlich „Maßnahmen im öffentlichen Interesse!" Gerathen wir somit bei wörtlicher Befolgung der Dernburgschen Lehre in das Bodenlose, so ziehen wir es vor, einstweilen anzunehmen, daß sie nicht so gar bedenklich gemeint gewesen ist, vielmehr nichts wesentlich Anderes sagen will, als die Behauptung selbst, die sie zu begründen scheint; daß sie m. a. W. nur eine, freilich etwas massive, petitio principii ist. — So wird es denn wohl sein Bewenden behalten müssen bei derjenigen Entscheidung, die nach Vorgang andrer höchsten Gerichtshöfe [54]) und in Uebereinstimmung mit dem obersten Landesgerichte für Bayern [55]) wiederholt vom Reichsgerichte ergangen [56]) und auch anders-

54) Seufferts Archiv V, 134 (OAG. Kiel 1850), XIX, 267 (Oberhofger. Mannheim 1863), XXXIV, 90 (OAG. Lübeck 1878), 306 (OTrib. Berlin 1878), XXXVI, 5 in der Mitte (OLG. Braunschweig 1880).

55) Seufferts Archiv XXXVI, 95 a. E. (1880).

56) Entscheidungen Bd. 3 Nr. 49 (3. Civilsenat 1880 = Seufferts Archiv XXXVI, 277); Bd. 21 Nr. 35 (3. Civilsenat 1888 = Seufferts Archiv XLIII, 270); Seufferts Archiv XLIV, 188 (6. Senat 1889).

wo befolgt worden ist. [57]) Danach hat auch der Anlieger einer res in publico usu einen Entschädigungsanspruch nicht, wenn ihm durch Verfügung der zuständigen Behörde der ihm bis dahin zukommende Gebrauch jener Sache in einer ihm nachtheiligen Weise geändert oder aufgehoben wird. In der That ist diese Entscheidung gar nicht so unbillig, wie es auf den ersten Blick scheinen möchte. Wer mit Rücksicht auf die Vortheile, welche eine dem Gemeingebrauche unterworfene Sache seinem Grundstücke gewährt, auf diesem Anlagen macht, Gebäude errichtet und drgl., der mag sich dabei dessen bewußt sein, daß der Fortbestand jener Vortheile nicht rechtlich gesichert, vielmehr gemäß den thatsächlichen Verhältnissen nur mehr oder minder wahrscheinlich ist, das Rechnen mit demselben also immer ein gewagtes bleibt. [58]) Und das Entsprechende gilt natürlich von demjenigen, der ein Grundstück erst erwirbt, nachdem es mit derartigen Anlagen bereits ausgestattet worden ist. Inzwischen läßt sich die maßgebende Wahrscheinlichkeit nur danach veranschlagen, ob das öffentliche Interesse eine Aenderung des bestehenden Zustandes erheischen werde; außerhalb des Anschlags bleibt eine solche Aenderung, welche im Privatinteresse verfügt werden könnte. Eben deshalb hat der Anlieger, wie wir später sehen werden, [59]) bei einer derartigen Aenderung grundsätzlich den rechtlichen Anspruch auf Entschädigung. Und hieran schließt sich der, zwar nicht rechtlich geschützte, wohl aber im Verwaltungsverfahren sorgfältige Prüfung erheischende, Billigkeitsanspruch auf Entschädigung in dem Falle, wenn ein Gemeinwesen sein bis-

57) Seufferts Archiv XLV, 94 (OLG. Hamburg 1888).
58) Vgl. das in vorige Note angeführte Erkenntniß des OLG. Hamburg.
59) S. unten Titel 8 Ziffer 4.

her dem Gemeingebrauche gewidmetes Grundstück zu einem Bestandtheile seines werbenden Vermögens macht. [60])

Nach dieser Ausführung besteht also ein Recht des Einzelnen auf den Gemeingebrauch nicht gegenüber dem Gemeinwesen selbst, dem die Verfügung über die res in publico usu zukommt; sie besteht ausschließlich anderen Einzelnen [61]) gegenüber.

Diesen Einzelnen gegenüber jedoch ist sie ein wirkliches Privatrecht. Nun gestattet die Reichs-Civilproceß-Ordnung §. 231 allgemeine Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß dieses Rechtsverhältniß durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Unter dieser Voraussetzung werden wir mit Bekker [62]) jene Feststellungsklage auch dann zu gewähren haben, wenn zwei Private über das Dasein des Gemeingebrauchs an einer bestimmten Sache streiten. Indessen bezweifeln wir, daß jene Klage hier eine nennenswerthe Anwendung finde. Denn die Entscheidung hat selbstverständlich Rechtskraft nur für die Parteien, stellt aber keineswegs objectiv Dasein oder Nichtdasein des Gemeingebrauches fest und kann daher, soviel ich sehe, ausschließlich dem Gegner gegenüber für den Kläger ein rechtliches Interesse bieten; wo aber ein solches vorliegt, da wird auch entweder ein prohibitorisches (Popular-)Interdict oder umgekehrt die negatoria actio begründet sein, insofern sich entweder eine unzulässige Verhinderung des Gemeingebrauchs besorgen

60) S. unten a. a. O. Ziffer 4 zu N. 65.

61) Dahin rechnen wir auch juristische Personen aller Art, in deren Interesse der Gemeingebrauch gemacht wird. Vgl. z. B. unten den im Texte zwischen N. 71 und 72 mitgetheilten Rechtsfall.

62) A. a. O. S. 342 unter A *α*.

läßt, oder ein widerrechtlicher Eingriff in die Freiheit des klägerischen Eigenthums.

Weiter will Bekker[63]) dem Einzelnen wegen Behinderung in der Uebung seines Rechtes eine quasi-confessoria geben. Dies scheint mir ohne alle praktische Bedeutung. Wenn wirklich, wie an früherer Stelle dieses Commentars[64]) entwickelt worden ist, nach heutigem Rechte die prohibitorischen Interdicte den Beklagten auch für den vor der Klagerhebung von ihm verschuldeten Schaden gerade so haftbar machen, wie die confessoria und negatoria actio nach richtiger Ansicht es thun: so bietet die quasi-confessoria nichts, was nicht mittels eines solchen Interdictes oder nöthigenfalls mittels der Verbindung eines prohibitorischen und eines restitutorischen Interdictes zu erreichen wäre. Auch hinsichtlich der Verjährung besteht kein Unterschied, da ursprünglich das agere ex sponsione und das später an dessen Stelle getretene Stück der actio ex causa interdicti gerade bei Popularinterdicten unverjährbar war und daher heute, wie die confessoria, erst der 30jährigen Verjährung unterliegt.[65]) Allein selbst wenn die hier gemachte Voraussetzung irrig sein, m. a. W. die Tragweite der confessoria über diejenige der Interdicte hinausgehen sollte, so muß doch die Anwendung jener Klage als ungesunde Consequenzmacherei grundsätzlich zurückgewiesen werden. Allerdings hat sich uns der Anspruch des Einzelnen auf Theilnahme am Gemeingebrauche als ein Privatrecht dargestellt, und zwar als ein servitutähnliches. Aber während REPO. §. 231 eine allgemeine Bestimmung für Privatrechte giebt, fehlt es an einem Rechtssatze, welcher

63) A. a. O. S. 342 unter A β.
64) Thl. 2 dieser Serie §. 1840a Ziffer 129 S. 516 f.
65) S. Thl. 1 der laufenden Serie dieses Commentars §. 1837b Ziffer 81 S. 526 und 528.

die für eine besondre Art von Rechten aufgestellte Klage ungeachtet wesentlicher Verschiedenheiten auf blos ähnliche Rechte erstreckt; obendrein ist ein Schutzbedürfniß, dessen wegen sonst wohl Klagen analog angewandt werden, in unserm Falle gar nicht vorhanden: gilt doch der Antheil des Einzelnen am Gemeingebrauche gerade deshalb als Privatrecht, weil er durch einen bestimmten Rechtsbehelf geschützt ist. Wir haben hierfür einen genau entsprechenden Vorgang im römischen Rechte. In Einem Falle nämlich kennt schon dieses insofern ein wahres Privatrecht auf den usus publicus, als es jedem, der durch eine beabsichtigte Anlage in loco publico in der bisher gewährten Möglichkeit, am Gemeingebrauche theilzunehmen, gefährdet wird, dagegen ein prohibitorisches Interdict giebt; auch dieses Recht ist ein servitutähnliches: gleichwohl ist es den Römern nie eingefallen, neben jenem interdictum Ne quid in loco publico cum alterius damno fiat eine quasi-confessoria zuzulassen. Auch die moderne Praxis weiß von dieser Klage zum Schutze des servitutähnlichen Privatrechts auf den Gemeingebrauch nichts. Vielmehr kennt die von Bekker anscheinend für das Gegentheil angeführte Entscheidung des Reichsgerichtes [66]) vermöge ihrer Bezugnahme auf eine ältere Entscheidung [67]) als zuständigen Rechtsbehelf nur das im heutigen Sinne umgestaltete Popularinterdict.

Noch weit weniger Zustimmung verdient Bekkers ferneres Postulat, wonach wider Ueberschreitungen des Gemeingebrauchs allen Gemeinberechtigten und Vorzugsberechtigten, [68]) die durch den Mißbrauch geschädigt werden, eine

66) VI Nr. 42 v. J. 1881 S. 162.
67) I Nr. 59 v. J. 1879 S. 156.
68) Unter Vorzugsberechtigten versteht Bekker a. a. O. S. 343 f. unter B nicht nur diejenigen, welche kraft besondern Rechtstitels ein Recht auf eine über den Gemein-

quasi-negatoria auf Wiederherstellung des frühern Zustandes gegeben werden soll. Die negatoria in rem actio ist m. W. die Klage, womit der Eigenthümer einer Sache unbefugte Eingriffe in die Freiheit seines Eigenthums abwehrt. Principaliter geht sie auf Anerkennung der Freiheit des klägerischen Eigenthums und demgemäß auf Unterlassung eines künftigen Eingriffs in diese Freiheit; nur nebenbei verfolgt sie Ersatz des durch Verschulden des Beklagten dem Kläger erwachsenen Schadens und Beseitigung des Zustandes, welcher die Freiheit des klägerischen Eigenthums beeinträchtigt, sofern der Gegner diesen Zustand herbeigeführt hat, andernfalls patientia destruendi. Danach scheint es mir ganz zweifellos, daß ein Eingriff in die Freiheit des Eigenthums, welcher in dem Mißbrauche des usus publicus liegt, von dem dadurch bedrohten oder gar verletzten Eigenthümer mittels der negatoria zurückgewiesen werden kann, — also z. B. wenn jemand sich die Befugniß anmaßt, kraft des Gemeingebrauchs einen öffentlichen Fußweg zum Reiten oder Fahren zu benutzen, Vorbauten in den Luftraum über einer öffentlichen Straße machen will. [69]) Dahin würde auch der in Seufferts Archiv Bd. 5 Nr. 3 mitgetheilte Rechtshandel gehören, sofern die verklagte Eisenbahn-Commission des Bauamtes zu Frankfurt a/M. Dorfwege der klagenden Gemeinde Oberrad mit Steinfuhren von einer Schwere befahren haben sollte, für welche jene Wege nicht bestimmt waren. Aus der bloßen Thatsache, „daß die Benutzung jener Wege ein wirkliches Recht aller sei," folgt m. E. noch ganz und gar nicht, daß,

gebrauch hinausgehende Benutzung der Sache erworben haben, sondern auch die Anlieger, welche als solche Vortheile aus dem Gemeingebrauche haben, wie sie dem Nichtanlieger niemals ebenso zukommen können.

69) S. oben Ziffer 9 S. 111 ff.

wie das OAG. Lübeck i. J. 1851 angenommen hat, „lediglich das je nach Personen und Zeiten nothwendig wechselnde und verschiedenartige Bedürfniß" des Benutzenden auch über den Inhalt der Benutzungsweise entscheide. Zu welchem Ergebnisse würde es führen, wenn man z. B. einer Locomotivenfabrik ohne weiteres das Recht zuerkennen wollte, ihre Locomotiven auf einem zwar öffentlichen, aber nur für leichtes Fuhrwerk bestimmten Wege abzufahren! Soweit jedoch hinsichtlich der Benutzungsart ein ausdrücklicher Beschluß der zuständigen Behörde nicht vorliegt, wird allerdings einerseits die bisherige Benutzungsweise und anderseits die Leistungsfähigkeit eines für diese geeigneten Weges über die Zulässigkeit einer andern Benutzung entscheiden müssen. Das auch m. E. fehlsame Erkenntniß des OAG. Lübeck beruht demnach nicht sowohl, wie Bekker meint, auf „Lücken der Theorie an dieser Stelle," als vielmehr auf Nichtbeachtung des an sich völlig klaren Rechtssatzes, daß auf Grund des Gemeingebrauches nur derjenige Einzelgebrauch statthaft ist, der sich in den Schranken des für die einzelne Sache festgesetzten Gemeingebrauches hält. [70]) Nicht wesentlich anders steht es mit dem Erkenntnisse des OAG. Celle v. J. 1854 in Seufferts Archiv Bd. 9 Nr. 35. Es ist eben einfach irrig, wenn dieses Erkenntniß meint, die Uferanlieger müßten den Eingriff in die Freiheit ihres Eigenthums dulden, welcher in dem Anschlagen der durch die Dampfschifffahrt aufgeregten Wellen und das dadurch verursachte Auflaufen des Wassers liegt. Daß einen öffentlichen Fluß kraft des Gemeingebrauchs jedermann mit einem Schiffe, und zwar, weil dies nicht besonders verboten ist, auch mit einem Dampfschiffe befahren darf, kommt hierbei gar nicht in Betracht: unzweifelhaft kann der Anlieger mit der negatoria den gleichen Eingriff zurück-

70) S. oben Ziffer 3 S. 31.

weiſen, wenn ihn der Eigenthümer eines im Privateigenthume ſtehenden Landſees durch Dampfſchifffahrt auf dieſem macht; und es wäre geradezu abgeſchmackt, wollte man dem Einzelnen vermöge des Gemeingebrauchs ein größeres Recht auf die Benutzung eines öffentlichen Gewäſſers geben, als es der Eigenthümer eines Landſees vermöge ſeines Eigenthums an dem Privatgewäſſer hat.[71]) Brauche ich nicht einmal von meinem Nachbarn die Beläſtigungen meines Grundſtückes durch Rauch, Geſtank, Lärm mir gefallen laſſen, welche das beim menſchlichen Beiſammenleben unvermeidliche Maß überſchreiten, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß ich dergleichen auch dann rechtlich mir verbitten kann, wenn es von irgend jemanden auf der öffentlichen Straße ausgeht. Wie wenig in der That einer Lücke der Theorie derartige, vom grünen Tiſche erlaſſene, Erkenntniſſe zur Laſt zu legen ſind, das erhellt aus dem durchaus befriedigenden Urtheile des Obertribunals Berlin v. J. 1877 (Seufferts Archiv Bd. 34 Nr. 11), wonach der Stadt Marburg unterſagt wurde, über des Klägers Grundſtücke unerträgliche Gerüche zu verbreiten, indem ſie durch einen Kanal Auswurfsſtoffe in einen Arm der Lahn, den ſ. g. Mühlgraben, abführte. Die Klage war, ſoweit ſie auf dieſes Verbot abzielte, die gewöhnliche negatoria des Eigenthümers; das Urtheil erkennt ausdrücklich an, daß bei der unbeſtrittenen Eigenſchaft des Mühlgrabens als Theils eines öffentlichen Fluſſes die Mitbenutzung für öffentliche Zwecke,

71) Damit iſt jedoch nicht geſagt, daß nicht der Gemeingebrauch eines Fluſſes als ſolchen gewiſſe Benutzungsweiſen der im Privateigenthume befindlichen Ufergrundſtücke gewähre, welche der auf dem Eigenthume eines Teiches oder eines Landſees beruhende Gebrauch dieſes Privatgewäſſers an deſſen im Privateigenthume ſtehenden Ufergrundſtücken nicht gewährt. Darüber ſ. unten Tit. XII Ziffer 5.

insbesondere auch zur Zuleitung von Abflüssen — unbeschadet der polizeilichen Regelung — der verklagten Stadt nicht zu versagen stehe; spricht aber anderseits ebenso bestimmt aus, daß die Stadt durch diese Benutzung nicht in fremde Privatrechte eingreifen dürfe. — Dagegen kann von einer quasi-negatoria sowenig bei den Gemeinberechtigten die Rede sein, wie bei den Vorzugsberechtigten. Soweit das Recht der Letzteren auf einen besondern Rechtstitel sich stützt, ist es, wie oben ausgeführt worden, [72]) eine wirkliche Servitut: zu seinem Schutze dient die confessoria, d. h. eben diejenige Klage, mit welcher das Recht der Servitut geltend gemacht wird; das Recht der Anlieger dagegen geht zwar seinem thatsächlichen Inhalte nach über das Recht der Nichtanlieger hinaus, bleibt jedoch seinem Wesen nach immer nur das Recht des Gemeingebrauchs: zum Schutze aber des servitutähnlichen Rechtes auf den Gemeingebrauch dienen, wie wir gesehen haben, allgemein die Populariterdicte, welche ursprünglich den Gemeingebrauch schützten, in ihrer heutigen Anwendung, und für einen besondern Fall das Privatinterdict Ne quid in loco publico fiat. Eben dieses sind auch die Rechtsbehelfe des Einzelnen gegen den Mißbrauch, den ein Andrer mit dem Gemeingebrauche begeht: dieser Mißbrauch kann von jenem nur unter dem Gesichtspuncte verhütet werden, daß darin eine Verletzung des klägerischen Privatrechts auf den Gemeingebrauch liegt. Es leuchtet indessen ein, daß da, wo es sich um einen Mißbrauch handelt, der von einer Mehrzahl von Personen vorgenommen wird, für den hierdurch Verletzten der Weg des gerichtlichen Schutzes mindestens sehr weitläufig ist und selten zu einer gedeihlichen Regelung des Gebrauches führt. [73])

72) S. Ziffer 11 S. 162.

73) S. unten zu Tit. XII Ziffer 6.

Gerade hier wird das Einſchreiten der Verwaltungsbehörde dringend erforderlich.

Seitdem die ehemaligen Populariterdicte nicht mehr zum Schutze des Gemeingebrauchs als ſolchen dienen, ſondern nur noch zum Schutze des Anrechts, welches dem Einzelnen am Gemeingebrauche zukommt, kann jedenfalls von der operis novi nuntiatio publici iuris tuendi gratia nicht mehr die Rede ſein. Hält man im übrigen die operis novi nuntiatio noch für praktiſch, ſo muß man hier eine operis novi nuntiatio iuris nostri conservandi causa annehmen. [74])

An der heutigen Anwendbarkeit des interdictum Quod vi aut clam auf opera in solo publico facta wird nicht zu zweifeln ſein.

Die von uns für das römiſche Recht vermuthete Popularklage wegen unbefugter Beerdigung auf einem locus publicus in publico usu, [75]) darf um ſo mehr für unpraktiſch gelten, als bei ihr die Eigenſchaft der Popularklage kaum beachtet worden iſt. [76]) Heute wird dieſer Fall meiſt nach RStGB. §. 367 Nr. 1 als Uebertretung ſtrafbar ſein.

Beſtritten dagegen iſt es, ob auch heute noch die Verhinderung am Gemeingebrauche, welche letztern ſelbſt nicht beeinträchtigt, vom Verhinderten mit der actio iniuriarum geahndet werden könne.

Nach der herrſchenden Anſicht iſt dieſe Klage gemäß dem Einführungsgeſetze zum Reichs-Strafgeſetzbuche §. 2

74) Vgl. Burckhard in dieſem Commentar Serie der Bücher 39 u. 40 Thl. 1 §. 1675 Ziffer 82 N. 65 S. 574 f. vbd. mit Ziffer 26 S. 132—140. Windſcheid Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 2 §. 466 N. 7 7. Aufl. S. 686.

75) S. oben S. 168 f.

76) Vgl. Bruns a. a. O. S. 410 (kl. Schr. S. 371).

Absatz 1 durch die §§. 185 ff. des Strafgesetzbuches in ihrem ganzen Umfange beseitigt worden. [77])

Nur scheinbar stehen dieser Ansicht vereinzelte Entscheidungen höherer Gerichte entgegen. So hatte sich freilich das Obertribunal zu Stuttgart i. J. 1874 dahin ausgesprochen, [78]) daß der Klaganspruch wegen Beleidigung im Sinne und nach der Begriffsbestimmung des deutschen Strafgesetzbuches als ein dem Civilrechte angehöriger neben dem Strafgesetzbuche bestehen könne, und daß weder §. 188 des Gesetzbuches selbst, noch §. 6 seines Einführungsgesetzes sichere Anhaltspuncte für dessen Beseitigung bieten. Allein diese Entscheidung beruht auf einem Zweifel über das Wesen jenes Anspruchs in der Gestalt, welche er durch das württembergische Gesetz vom 5. September 1839 Art. 17 erhalten hatte. Inzwischen ist die danach unter den württembergischen Gerichten entstandene Streitfrage nach dem Fortbestande der civilrechtlichen Injurienklage, welche die angeführte Entscheidung bejahte, durch §. 11 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Reichs-Strafproceß-Ordnung [79]) im verneinenden Sinne erledigt worden. [80]) Ebenso wenig läßt sich mit Landsberg [81]) als Zeugniß für die wenigstens in beschränktem Umfange fortdauernde Geltung der iniuriarum actio ein Erkenntniß des Appellationsgerichtes zu Celle v. J. 1876 [82]) anführen. Jenes Erkenntniß geht von dem

77) Windscheid Lehrbuch Bd. 2 §. 472 zu N. 7a 7. Aufl. S. 701. Mandry der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze §. 22 3. Aufl. S. 225.
78) Seufferts Archiv Bd. 31 Nr. 142.
79) „Die Verfolgung von Beleidigungen und Körperverletzungen findet nur nach den Vorschriften der Strafproceßordnung statt."
80) Vgl. Mandry a. a. O. S. 226 f. N. 10.
81) Iniuria und Beleidigung S. 104.
82) Seufferts Archiv Bd. 31 Nr. 311.

Satze aus, eine Handlung, auf welche die negatoria in rem actio gegründet werden solle, müsse sich den Umständen nach darstellen als eine gegen das Eigenthumsrecht des Klägers gerichtete Anmaßung oder eine ihm in seiner freien Eigenthumsausübung auferlegte Beschränkung, und fügt dann hinzu, nicht jedwedes unbefugte, selbst wissentlich unbefugte Betreten oder Befahren fremden Grundeigenthums trage schon ohne weiteres und unter allen Umständen dieses Merkmal an sich; eine derartige Ausschreitung könne vielmehr auch vorkommen ohne jede Richtung gegen die Rechte des Eigenthümers. Dieser letzte Satz nun wird unterstützt mittels folgender rein theoretischen Ausführung: „wie denn die Quellen wegen solchen unbefugten Betretens, sofern darin nach Lage des Falles eine bloße Rücksichtslosigkeit und Mißachtung fremder Persönlichkeit zu befinden ist, dem dadurch in seinen Rechten Gekränkten nicht etwa die negatorische Klage, sondern die in ihrer materiellen Begründung und Richtung von der letztern durchaus verschiedene iniuriarum actio, und zwar selbst dem Miether, nicht blos dem Grundeigenthümer, zusprechen (fr. 23 de iniur. 47, 10; §. 8 J. de iniur. 4, 4; vgl. auch fr. 21 §. 7 D. de furtis 47, 2), und auf diese (Injurien-) Klage je nach der Absicht, die dem Eingriffe zum Grunde lag, auch in anderen Fällen hinweisen, in denen die vorgekommene Beeinträchtigung dem äußern Hergange nach die negatorische Klage unzweifelhaft hervorrufen könnte (fr. 44 D. i. f. de iniur. 47, 10).“ Das braucht doch keineswegs so verstanden zu werden, als ob die actio iniuriarum heute noch praktisch sei: diese Frage war dem erkennenden Gericht gar nicht gestellt.

Sehr lebhaft aber hat v. Ihering [83]) die herrschende

83) Jahrbücher Bd. 23 S. 267 f. Ihm stimmt zu Dernburg Pandekten Bd. 2 §. 137 3. Aufl. S. 362 zu N. 19,

Ansicht angefochten. Er behauptet, das Strafgesetzbuch habe zwar die actio iniuriarum soweit beseitigt, als dieselbe Beleidigungen ahnde, aber nicht weiter, denn seine §§. 185—200 behandeln eben nur die Beleidigung, die vom genannten Gelehrten als „abstracte" bezeichnete Injurie; dagegen lasse es alle übrigen Fälle der Injurie, die s. g. „concrete" Injurie, völlig unberührt: für diese bestehe daher die civile actio iniuriarum in vollem Umfange fort, und so namentlich auch wegen widerrechtlicher doloser Verhinderung am Gemeinbrauche. In wesentlich beschränkterm Maße tritt Landsberg [84]) für die Fortdauer der actio iniuriarum ein. Nach ihm haben die Bestimmungen des Reichs-Strafgesetzbuches, von denen neben dem Abschnitte über die Beleidigungen eine Reihe zerstreuter Vorschriften in Betracht komme, die actio iniuriarum freilich in den weitaus meisten und wichtigsten ihrer Anwendungsfälle beseitigt; allein gemeinrechtlich wäre sie noch heute mit Erfolg anstellbar wie bei der Behinderung im Gebrauche der in unserm Eigenthume oder juristischem oder natürlichem Besitze befindlichen Sachen, so gerade auch bei der Behinderung im Gebrauche der dem usus publicus unterliegenden. [85]) Uebrigens nimmt Landsberg an, daß nach §. 11 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Strafprozeßordnung auch in diesem Falle nicht mehr das Civilverfahren stattfinde, sondern der Strafproceß. [86])

Es kann hier nicht als unsre Aufgabe gelten, die

mit dem einzigen Unterschiede, daß er „directe" und „indirecte" Injurie nennt, was v. Ihering als „abstracte" und „concrete" Injurie bezeichnet.

84) A. a. O. §§. 12 ff.

85) A. a. O. §. 13 a. E. S. 105 vbd. mit S. 103 f. und S. 110.

86) A. a. O. S. 111 ff.

Ausführungen der genannten Gelehrten in ihrem ganzen Umfange zu prüfen: wir haben es ausschließlich zu thun mit dem Schutze des Einzelnen im Gemeingebrauche. Und da bekenne ich nun offen, daß ich mir keinen Fall einer, ohne Beeinträchtigung des Gemeingebrauches selbst eintretenden, Behinderung des Einzelnen am Gemeingebrauche vorstellen kann, welcher nicht unter irgend eine Bestimmung des Strafgesetzbuches gehörte. Bisweilen wird Nöthigung vorliegen, [87]) so namentlich auch dann, wenn eine Person, der die Obhut einer öffentlichen, der unentgeltlichen Benutzung des Publicums rechtlich bestimmten, Sammlung anvertraut ist, einen Besucher bewußt ohne rechtfertigenden Grund zurückweiset: [88]) hinter der Erklärung der Zurückweisung steht selbstverständlich die Drohung, sie im Falle der Nichtbeachtung thätlich durchzusetzen. Den Thatbestand der Erpressung [89]) haben wir, wenn die Zurückweisung in der Absicht geschieht, den Zurückgewiesenen zwecks seiner Zulassung zu einer Vermögensleistung zu bewegen. Die Verhinderung an der Benutzung durch bewußt falsche Angaben über die Zeit des öffentlichen Zutritts aber ist m. E.

87) StGB. §. 240: „Wer einen Anderen widerrechtlich durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nöthigt" u. s. w. §. 339: „Ein Beamter, welcher durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt oder durch Androhung eines bestimmten Mißbrauchs desselben Jemand zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung widerrechtlich nöthigt" u. s. w.

88) v. Ihering a. a. O. S. 271.

89) StGB. §. 253: „Wer, um sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen, einen Andern durch Gewalt oder Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nöthigt, ist wegen Erpressung mit Gefängniß nicht unter Einem Monat zu bestrafen."

eine nach StGB. §. 185 strafbare Beleidigung. Ebenso scheint mir eine Beleidigung die absichtliche Verhinderung eines Einzelnen z. B. am Betreten eines öffentlichen Weges durch das Singen unzüchtiger Lieder oder durch unfläthige Reden. Wird die nämliche Verhinderung durch unzüchtige Darstellungen bezweckt, so würde nach den Umständen §. 183 oder §. 184 des Strafgesetzbuches Anwendung finden. Und geschähe sie etwa durch Erregung von Lärm, übeln Gerüchen, von Rauch oder Qualm, so würde sie nach §. 360 unter 11 [90]) bestraft werden können. Als eigentliche Beleidigung würde ich es auch auffassen, wenn jemand einen Andern an der Benutzung öffentlicher Ruhebänke dadurch verhindert, daß er aus Schabernack immer vor jenem die einzelne Bank besetzt. Wer übrigens in den erwähnten Fällen nicht mit mir eine Beleidigung annimmt, der wird doch in solchem Treiben immerhin einen groben Unfug erblicken. — So scheint mir die Frage nach der fortdauernden Anwendbarkeit der Injurienklage, sei es im Civilprocesse, sei es im Strafverfahren, zum Schutze des Einzelnen im Gemeingebrauche gegenstandslos zu sein.

13. Es bleibt übrig, den Begriff des locus publicus zu bestimmen. Wir finden in besonderer Rücksicht auf das interdictum Ne quid in loco publico fiat eine Aufzählung unter ihn fallender Grundstücke in l. 2 §. 3 D. ne quid in loco publ. 43, 8:

Ulp. lib. 68. ad ed. Publici loci appellatio quemadmodum accipiatur, *Labeo* definit, ut et ad areas et ad insulas et ad agros et ad vias publicas itineraque publica pertineat.

Hier wird nicht etwa gesagt, daß ein Grundstück als locus publicus aus einem von zwei verschiedenen Gesichts-

90) „Wer ungebührlicher Weise ruhestörenden Lärm erregt oder wer groben Unfug verübt."

puncten angesehen werden könne, nämlich entweder weil es im Eigenthume des Staates oder eines andern Gemeinwesens stehe, oder weil es ohne Rücksicht auf sein Eigenthum rechtlich dem Gemeingebrauche unterliege. Vielmehr werden ohne weitere Erklärung, weshalb sie unter diesen Begriff fallen, als loca publica die verschiedenartigsten Grundstücke zusammengestellt, das also, was sie sämmtlich zu solchen macht, als bekannt vorausgesetzt. Geradezu verwirrend aber wäre es, wenn dies selbst wieder in verschiedenartigen Umständen liegen könnte. Muß demnach ein einziges Verhältniß als das gemeinsame Kennzeichen gelten, das alle jene Grundstücke als loca publica erscheinen läßt, so ist als solches schwerlich etwas Anderes aufzufinden, als das an allen vorkommende Eigenthum eines Gemeinwesens. Loca publica sind demnach alle Grundstücke, die im Eigenthume des Staates oder eines staatlichen Gemeinwesens stehen.

Der damit gewonnene Begriff des locus publicus wird durch die Thatsache gar nicht berührt, daß, wie wir alsbald sehen werden, der Begriff der via publica nicht überall durch die Person des Eigenthümers bestimmt wird, sondern bei gewissen Interdicten durch den Gemeingebrauch.

Eben deshalb aber, weil für die Anwendbarkeit des interdictum Ne quid in loco publico cum damno alicuius fiat das Eigenthum eines Gemeinwesens an dem locus in Betracht kommt, sieht Ulpian sich veranlaßt, seiner Aufzählung der unter den Begriff des locus publicus fallenden Grundstücke sofort die Bemerkung beizufügen, das genannte Interdict beziehe sich auf diejenigen dieser loca publica nicht, welche zum werbenden Vermögen des Staates oder einer Gemeinde gehören, sondern nur auf diejenigen, welche dem Gemeingebrauche unterliegen.

L. 2 cit. §§. 4 sq.:

Hoc interdictum ad ea loca, quae sunt in fisci patri-

monio, non pertinere puto: res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt. igitur si quis in his aliquid faciat, nequaquam hoc interdictum locum habebit: sed si forte de his sit controversia, praefecti [91]) eorum iudices sunt. §. 5. Ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet, quae publico usui destinata sunt, ut, si quid illic fiat, quod privato noceret, praetor intercederet interdicto suo.

Zu den loca publica im erwähnten Sinne gehören nach l. 2 §. 3 cit. i. f. die viae publicae. [92])

Dem entsprechend führt im weitern Verlaufe seiner Erörterung Ulpian aus, daß darunter im engsten und eigentlichen Sinne nur diejenigen dem Gemeingebrauche unterliegenden Wege verstanden werden, deren Grund und Boden Eigenthum des Staates oder eines andern Gemeinwesens ist.

L. 2 cit. §§. 21 sq.

Viam publicam eam dicimus, cuius etiam solum publicum est: non enim sicut in privata via, ita et in publica accipimus. viae privatae solum alienum est, ius tantum eundi et agendi nobis competit: viae autem publicae solum publicum est, relictum [93])

91) Hierunter können nach Mommsen, römisches Staatsrecht II, 2 2. Aufl. S. 982 N. 4. 3. Aufl. S. 1023 N. 4 nur die praefecti aerarii gemeint sein, obwohl die Bezeichnung so, wie sie steht, auch auf sie nicht recht passe.

92) Moritz Voigt über das römische System der Wege im alten Italien in den Berichten der philol.-hist. Classe der Königl. Sächs. Gesellschaft der Wissenschaften 1872 S. 29—90.

93) Dies ist der technische Ausdruck für ein Grundstück, welches von der Assignation ausgeschlossen bleibt. Eben hierher gehört auch die Bodenfläche, welche bei der Vermessung und Austheilung einer Feldflur für öffentliche Wege

ad [94]) directum [95]) certis finibus latitudinis ab eo, qui ius publicandi [96]) habuit, ut ea publice iretur commea-

ausgeſchieden wurde. Frontin. de controvers. agr. 1 ed. Lachm. p. 21 lin. 8. p. 22 lin. 1 sq.: Relicta autem loca sunt, quae sive locorum iniquitate sive arbitrio conditoris (relicta *del.* Lachm.) limites non acceperunt etc. II p. 58 lin. 12 sq.: in agris centuriatis excipitur limitum latitudo causa itineris. Hygin. de condic. agr. Lachm. p. 120 lin. 22 sqq. p. 121 lin. 1: in quibusdam regionibus, cum limites late patere iuberent (sc. auctores divisionum), modus eorum limitum in adsignationem non venit: saepe enim et viarum publicarum per centuriam modus exceptus est. Vgl. auch Sicul. Flaccus de cond. agr. p. 158 lin. 8 sqq. Voigt a. a. O. S. 46 f. Eiſele a. a. O. S. 6 N. 1. S. auch l. 16 i. f. D. de a. r. d. 41, 1 (Florentin. lib. 6. instit.): agrum manu captum limitatum fuisse, ut sciretur, quid cuique datum esset, quid venisset, quid in publico relictum esset. Vgl. l. 83 §. 5 D. de V. O. 45, 1 (Paul. lib. 72. ad ed.): rem — usibus publicis in perpetuum relictam — usibus publicis relicta. l. 137 §. 6 eod. (Venuleius lib. 1. stip.): res, quae publicis usibus in perpetuum relictae sunt.

94) aut *scr.* M. Eiſele a. a. O. vermuthet, der Abſchreiber der (bei Anfertigung der Pandekten benutzten) Handſchrift habe die Sigle a falſch aufgelöſet, weil er die Bedeutung des folgenden Ausdruckes directum (ſ. nächſte Note) nicht verſtand.

95) Geſtützt auf Frontin. de aquis urb. Rom. p. 126 (ed. Bücheler p. 48): dein vicinales vias agrestesque per ipsas formas derigunt — nimmt Eiſele a. a. O. dirigere ſei der techniſche Ausdruck für das Ausſtecken von Wegen über Land, das ſchon Privateigenthum iſt und daher zwecks der Weganlage der Enteignung (publicatio) unterworfen wird.

96) S. oben Ziffer 3 N. 26a S. 30. Uebrigens möchte ich mit Kappeler a. a. O. S. 20 N. 2 annehmen, daß

retur.[97]) §. 22: Viarum quaedam publicae sunt, quaedam privatae, quaedam vicinales . publicas vias dicimus, quas Graeci *βασιλικάς*, nostri praetorias (alii *ins.* M.), alii consulares vias appellant . privatae sunt, quas agrarias quidum dicunt . vicinales sunt viae, quae in vicis sunt vel quae in vicos ducunt: has quoque publicas esse quidam dicunt: quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est . aliter atque si ex collatione privatorum reficiatur: nam si ex collatione privatorum reficiatur, non utique privata est: refectio enim idcirco de communi fit, quia usum utilitatemque communem habet.

Diesem engern, durch die Rücksicht auf das Bodeneigenthum bestimmten, Begriffe der via publica steht gegenüber der durch die gleiche Rücksicht gegebene Begriff der via privata.

L. 2 cit. §. 23:

Privatae viae dupliciter accipi possunt, vel hae, quae sunt in agris, quibus imposita est servitus, ut ad agrum alterius ducant, vel hae, quae ad agros ducunt, per quas omnibus commeare liceat, in quas exitur de via consulari et sic (post *del.* M.) illam excipit via vel iter vel actus ad villam ducens[98]).

publicare hier nicht blos die Bedeutung habe: Staatseigenthum dem öffentlichen Gebrauche widmen, sondern daneben auch diejenige der Aneignung von Privateigenthum für den Staat. L. 23 §. 2 D. de S. Pr. R. 8, 3. l. 33 D. loc. 19, 1. l. 65 §. 12 D. pro soc. 17, 2. Vgl. N. 95 a. E.

97) Isidor. origines XV, 16, 5: omnis autem via aut publica est aut privata. Publica est, quae in solo publico est, qua iter actus populo patet etc.

98) Isidor. l. c. Privata est, quae vicino municipio data est.

has ergo, quae (post *del.* M.) consularem excipiunt in villas vel in alias colonias [99]) ducentes, putem etiam ipsas publicas esse.

Von den verſchiedenen unter letztern Begriff gehörigen Fällen hat der einfachſte, nämlich diejenige via privata, welche ausſchließlich dem eignem Gebrauche des Grundeigenthümers unterliegt, rechtlich nichts Beſonderes: die Beſtimmung eines gewiſſen Theiles der Bodenfläche zum Wege iſt eine nur wirthſchaftliche, keine rechtliche; in rechtlicher Hinſicht unterſcheidet ſich ein derartiger Weg von dem übrigen Grundeigenthume des Eigenthümers ſchlechterdings nicht. [100]) Daher läßt Ulpian in l. 2 §. 21 cit. dieſen Fall ganz außer Betracht und giebt als rechtlichen Begriff der via privata nur an: viae privatae solum alienum est, ius tantum eundi et agendi nobis competit. Entſprechend ſagt er in §. 23: Privatae viae — hae, quae sunt in agris, quibus imposita est servitus. Damit iſt alſo das bezeichnet, was die Agrimenſoren via privata alterius [1]) oder servitus [2]) (sc. viae) nennen.

99) Unter coloniae ſind hier mit Reinhard im Archiv für die Civil. Praxis Bd. 32 S. 210 zu N. 31 nicht Städte zu verſtehen, ſondern ländliche Anſiedlungen. Vgl. Brissonius de verborum signif. s. v. colonia ed. Hein. §. 2 Dirksen manuale s. h. v. §. 2. S. l. 27 §. 1 D. ad munic. 50, 1. l. 24 §. 4 D. loc. 19, 2. l. 20 §. 3 D. de instructo vel instrum. leg. 33, 7.

100) Voigt a. a. O. S. 30 zu N. 2.

1) Hygin. de gener. controv. p. 128 lin. 5 sqq.: videndum — via utrum publica aut vicinalis aut duum communis aut privata alterius.

2) Sicul. Flacc. de cond. agr. p. 146 lin. 15 sqq.: — aliquando deficientibus vicinalibus viis per agros alienos iter praestatur. quidam etiam conveniunt specialiter, uti servitutem praestent his agris, ad quos necesse habent transmittere per suum.

Einen dritten Fall der via privata i. d. S. bildet die via duorum communis. Ihren Begriff bestimmt Siculus Flaccus de cond. agr. p. 147 lin. 2 sqq.:

> et communes viae (sc. sunt), [quae] ex vicinalibus nascuntur; quae aliquando inter binos possessores in extremis finibus, pari utrimque modo sumpto communique inpensa, iter praestant; — ergo viae — communes in fines incidunt.

Auch dieser Fall, bei den Agrimensoren mehrfach erwähnt,[3]) wird von den juristischen Schriftstellern nicht besonders hervorgehoben. Er ist mitinbegriffen in den von manchen als viae agrariae, Feldwege, bezeichneten Wegen.[4]) In rechtlicher Beziehung stellt die via communis eine Verbindung der beiden vorher besprochenen Fälle dar: der einzelne Theilhaber der via communis benutzt das eine körperliche Stück des zum Wege dienenden Bodens kraft seines Eigenthums daran, das andre, welches umgekehrt der andre Theilhaber kraft seines Eigenthums benutzt, vermöge einer ihm daran eingeräumten Servitut.[5]) Uebrigens läßt es sich auch denken, daß der Boden der via communis durch beiderseitiges Hergeben von Land zum Miteigenthume der Theilhaber nach ideellen Quoten geworden ist, wie denn auch hinsichtlich der Unterhaltungslast die verschiedenartigsten Vereinbarungen vorkommen können.[6])

3) S. z. B. N. 1.
4) L. 2 §. 22 cit.
5) So ist auch wohl der Ausdruck Voigts a. a. O. S. 30 unter B 1 zu verstehen: „via duum communis: Feldweg, durch gemeinsame Contribuirung von Land Seitens der Anlieger hergestellt und je zur betreffenden Arealquote in deren Miteigenthume befindlich."
6) Ueber das confinium vgl. Voigt a. a. O. S. 30 unter B 3 und S. 38 ff. unter 5. Dasselbe ist jedenfalls kein hergerichteter Weg; streitig aber ist es, ob dasselbe ein

Verwandt ist der Fall des confinium i. d. S.: hier darf jeder Feldnachbar den Grenzstreifen des andern kraft einer Legalservitut als Weg benutzen. Jener Fall beruht auf der alten Weise der Landzutheilung durch Assignation; mit letzterer ist er bei Justinian unpraktisch geworden, wird in der Compilation nicht erwähnt und braucht daher hier nicht weiter besprochen zu werden.

Eine letzte Wegeart endlich, nämlich die viae vicinales, behandeln auch die Pandekten. Diese Wege unterliegen zwar sämmtlich dem Gemeingebrauche, werden aber trotzdem mit Rücksicht auf das Bodeneigenthum dann den viae privatae zugezählt, [7]) wenn der zu ihnen erforderliche Boden von den Anliegern dem Staate oder der Gemeinde nicht zu Eigenthum abgetreten, sondern nur zwecks der Benutzung als Weg dem Gemeingebrauche eingeräumt worden ist. [8]) Dieser Umstand allein ist entscheidend für die Unterordnung der via vicinalis unter den Begriff der via privata; dagegen ist hierfür gleichgültig die unmittelbare Beitragspflicht der Anlieger zur Wegebesserung. [9]) Der Abtretung des

unbeackerter Rain sei, wie M. Voigt nach der Zeichnung Nr. 24 zu Frontin. de controv. agr. I p. 26 lin. 2, die Bemerkung des Sicul. Flacc. de cond. agr. p. 152 lin. 1 sqq., und der Bestellungsweise der Römer annimmt; oder vielmehr ein der Ackercultur unterworfener und lediglich mit einer Legalservitut belasteter Feldstreifen, wie Rudorff, gromatische Institutionen S. 435 fgg., meint.

7) L. 2 §. 23 cit.: Privatae — vel hae, quae ad agros ducunt, per quas omnibus commeare liceat etc. Isidor. l. c. (N. 98).

8) L. 2 §. 22 cit.: has (scil. vicinales) quoque publicas esse quidam dicunt: quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est. Kappeler a. a. O. S. 14.

9) L. 2 §. 22 cit. i. f.: aliter atque si ex collatione pri-

Bodens zu Eigenthum ſteht es übrigens gleich, wenn durch unvordenkliche Zeit der Nachweis des Einzeleigenthums an den zur Benutzung als Weg dem Gemeingebrauche eingeräumten Grundſtücken verloren gegangen iſt.

L. 3 pr. D. h. t.:

(*Pompon.* [10]) lib. 33 ad Sabin.) Viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quorum memoria non exstat, publicarum viarum numero sunt.

Abgeſehen vom Eigenthume des Bodens bilden die viae vicinales ihrer Zweckbeſtimmung halber eine Mittelclaſſe zwiſchen den viae privatae i. e. S. und den viae publicae i. e. S.

L. 3 cit. §. 1 D. h. t.

Sed inter eas et ceteras vias militares [11]) hoc interest, quod viae militares exitum ad mare aut in urbes aut in flumina publica aut ad aliam viam militarem habent, [12]) harum autem vicinalium viarum dissimilis condicio est: nam pars earum in militares vias exitum habent, pars sine ullo exitu intermoriuntur.

L. 2 §. 22 cit.: — vicinales sunt viae, quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt. [13])

vatorum reficiatur: nam si ex collatione privatorum reficiatur, non utique privata est: refectio enim idcirco de communi fit, quia usum utilitatemque communem habet.

10) So Lenel palingen. vol. II, col. 145 nr. 790 ad n. 2. Die Florentina lieſet: Ulp.

11) militares *del.* M.

12) Isidor. l. c. (ſ. N. 97) haec (sc. via publica) aut ad mare aut ad oppida pertinet. Theophil. ad §. 5 J. de lege Aquil. IV, 3: *Καὶ* publica *μέν ἐστιν ὁδὸς, ἥτις καὶ μιλιτάρια λέγεται, παρὰ δὲ τοῖς Ἕλλησι βασιλικὴ, ἣ πάντες ἄνθρωποι κέχρηνται, ἐπὶ διαφόρους ἀπιόντες τόπους.*

13) Sicul. Flacc. de cond. agr. p. 146 lin. 6 sq.: vicina-

Nur in einem weitern Sinne gehören zu den viae publicae auch diejenigen dem Gemeingebrauche unterliegenden Wege, deren Grund und Boden in Privateigenthum steht. So bestimmt ganz allgemein Festus s. v. *viae* den Begriff der via publica.

Viae sunt et publicae, per [*quas ire ager*]e [14]) omnibus licet, et privatae, quibus neminem uti [*ius est*], praeter eos, quorum sunt etc.

Und Ulpian rechnet in l. 2 §. 23 cit. i. f. wenigstens diejenigen dieser Wege zu den publicae, welche von Privatgrundstücken auf eine via consularis führen. [15])

Dieser weitere Begriff der via publica kommt in Betracht bei den interdicta popularia Ne quid in via publica fiat, quo ea via deterior sit fiat, Quod in via publica factum sit, ut restituatur, und Ut via publica ire agere liceat. [16])

Ob und wie etwa die in den Titelrubriken 43, 7, 43, 8 und 43, 11 sowie in den eben genannten Interdicten über die öffentlichen Wege [17]) neben den viae publicae aufgeführten itinera publica von jenen sich unter-

les autem [viae], de publicis quae devertuntur in agros, et saepe ipsae ad alteras publicas perveniunt. p. 152 lin. 8 sq.: propter quod etiam complures vicinales viae sint, ut unus quisque possit ad particulas suas iure pervenire. Theophil. l. c.: Vicinalis *δὲ ἡ ἐπὶ κώμας ἄγουσα*, vicus *γὰρ ἡ κώμη· διὰ ταύτης γὰρ βαδίζει πᾶς ἐπὶ τὴν κώμην ἀπιών.*

14) Diese und die folgende Ergänzung nach Mommsen in fontes iuris Romani ed. 5 p. 375.

15) Voigt a. a. O. S. 31.

16) S. unten Titel 8 Ziffer 5 zu Anf. Ziffer 7 zu Anf.

17) L. 2 cit. §. 20. §. 35. §. 45 D. ne quid in loco publ. 43, 8. l. 1 pr. D. de via publ. ref. 43, 11. Lenel ed. perp. §. 237 unter 2 und 3 und §. 238 und §. 240.

ſcheiden, geht aus den Pandekten nicht hervor. Anſcheinend wird unter iter publicum vorzugsweis die via vicinalis verſtanden, welche eine geringere Breite hat, als die via consularis.[18]) Rechtliche Bedeutung ſcheint jenem Unterſchiede als ſolchem nicht zuzukommen.

18) Voigt a. a. O. S. 34 unter 2. S. 42. S. 46 f. Hygin. de limit. const. p. 168 lin. 2 sq. p. 169 lin. 7 sqq. Frontin. de controv. agr. p. 58 lin. 12 sq.

Lib. XLIII. Tit. VIII.

Ne quid in loco publico vel itinere fiat.

Basil. LVIII, 8.

1. Dieſer Titel behandelt vier Interdicte, nämlich

1) das interdictum privatum Ne quid in loco publico fiat, quo damnum privato detur; [1])

und

drei interdicta popularia:

2) Ne quid in via publica itinereve publico fiat, quo ea via idve iter deterius sit fiat, [2])

3) Quod in via publica itinereve publico factum est, quo ea via idve iter deterius sit fiat, ut restituatur [3])

und

4) Ut via publica itinereve publico ire agere liceat. [4])

Die drei erſten Interdicte ſind im Edicte wahrſcheinlich unter einer Rubrik vereinigt geweſen, von der uns die Ueberſchrift unſeres Pandektentitels den Anfang überliefert, nämlich: Ne quid in loco publico vel itinere fiat. Mit Rückſicht auf das reſtitutoriſche Interdict (3) muß die Rubrik

1) L. 6 D. h. t. Lenel edictum perpetuum §. 237 unter 1.
2) Lenel a. a. O. unter 2.
3) Lenel a. a. O. unter 3.
4) Lenel a. a. O. §. 238.

noch einen Zusatz gehabt haben, der nach Lenel [5]) lautete: quod in itinere publico factum erit, ut restituatur. Für das vierte Interdict, welches unter diese Rubrik nicht paßt, vermuthet Lenel [6]) nach l. 2 §. 1 D. de interdictis [7]) die besondere Rubrik: Ut via publica *itinereve publico* ire agere liceat. Daß die angeführte Stelle den hier angenommenen Wortlaut der Rubrik nur im allgemeinen wiedergiebt, kann kein Bedenken gegen denselben erregen: auf Genauigkeit und Vollständigkeit kam es in ihr nicht an. Läßt sie das *itinereve publico* unsrer Rubrik aus, so macht sie es geradeso bei dem öffentliche Wege betreffenden prohibitorischen Interdicte, bei welchem doch die Rubrik unseres Pandektentitels jene Worte verbürgt; [8]) ersetzt sie den edictsmäßigen Ausdruck: ut — ire agere liceat durch den unbestimmtern: ut — uti liceat, so gebraucht sie damit eine Bezeichnung, die eben ihrer Unbestimmtheit halber zugleich auf das unmittelbar darauf von ihr erwähnte interdictum Ut in flumine publico navigare liceat paßt. [9])

Alle vier Interdicte bewirken eine endgültige Entscheidung: es ist laut ihrer Fassung unzulässig, das mittels ihrer erlangte Ergebniß durch einen anderweiten Rechts-

5) A. a. O. Rubrik zu §. 237.
6) A. a. O. §. 238 N. 1.
7) Paul. lib. 63. ad ed.: — publicae utilitatis causa competit interdictum Ut via publica uti liceat et flumine publico et Ne quid fiat in via publica etc.
8) Aehnlich fehlen jene Worte auch in der Inhaltsangabe unseres Interdictes bei Paul. R. S. V, 6, 2: Ut interdictum, ita et actio proponitur, ne quis via publica aliquem prohibeat.
9) Bei Paul. V, 6, 2 cit. ist die Fassung sogar noch kürzer: ne quis — prohibeat.

behelf wieder in Frage zu ſtellen.[9a]) Zu denjenigen ihrer Vorausſetzungen, welche demgemäß der Impetrant erforderlichenfalls nachzuweiſen hat, gehört die rechtliche Eigenſchaft des locus publicus, der via publica.[9b]) Durchaus irrig behauptet ein Urtheil des oberſten Landes-Gerichtes für Bayern v. J. 1881,[9c]) beim interdictum Ut ire liceat bedürfe „die Frage, ob der fragliche Weg wirklich ein öffentlicher, oder nur ein privater iſt, einer vorgängigen rechtskräftigen Entſcheidung nicht, da nach der Natur der geſtellten Klage, welche nur unter den Geſichtspunct der widerrechtlichen Störung eines thatſächlichen Zuſtandes fällt, im gegebenen Fall dieſe Frage für die Entſcheidung des Rechtsſtreites ohne Präjudiz" ſei. Vermuthlich iſt dieſes Urtheil von der Anſchauung ausgegangen, der unterliegende Impetrat, der ſeinerſeits an der vom Impetranten als Gemeindeeigenthum angeſprochenen Bodenfläche des angeblichen öffentlichen Weges Eigenthum behauptet hatte, vermöge die ihm ungünſtige Entſcheidung durch die negatoria in rem actio zu beſeitigen. Welcher Rechtsbehelf dagegen hätte dem Impetranten zugebote geſtanden, wenn er mit dem Interdicte aus dem Grunde abgewieſen wäre, weil er die thatſächliche Benutzung der ſtreitigen Bodenfläche als eines öffentlichen Weges nicht dargethan hatte? Und an welchen Rechtsbehelf wäre vollends zu denken, wenn Impetrat gar nicht Eigenthum an der Wegefläche behauptet, ſondern nur die thatſächliche Eigenſchaft des öffentlichen Weges beſtritten hätte?

9a) S. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars S. 108.
9b) Daſ. und Schmidt Interdiktenverfahren S. 90 N. 16.
9c) Seufferts Archiv XXXVI, 199.

I. Das interdictum Ne quid in loco publico fiat, quo damnum privato detur. [9d])

2. Auf den Gegenstand dieses Interdictes beziehen sich in unserm Titel l. 1, l. 2 pr. — §. 19 einschl., und l. 3—7.

Eingeleitet wird die Erörterung durch eine allgemeine Bemerkung über den Zweck des Interdicts.

L. 1 h. t. (*Paul.* lib. 64. ad ed.):

In loco publico praetor prohibet aedificare et interdictum proponit.

D. h.: weil der Prätor es als ungehörig ansieht, daß jemand eigenmächtig auf einem öffentlichen Grundstücke etwas baue, so hat er ein Interdict aufgestellt, mittels dessen derartige Bauten verhindert werden können. [10])

Dann folgt die Mittheilung des Interdictes selbst.

L. 2 pr. D. h. t.:

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Praetor ait: „Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est . de eo, quod factum erit, interdictum non dabo."

Sofern Bauten und ähnliche Vorrichtungen auf einem locus publicus den thatsächlichen Vortheil zu beeinträchtigen drohen, welchen ein Dritter aus dem bisherigen Zustande jenes Platzes gezogen hat, sind sie demnach nur dann statthaft, wenn sie durch allgemeine Bestimmung (lex, senatus consultum, edictum principis) oder kraft besonderer Ver-

9d) Unterholzner quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen Bd. 2 §. 400 S. 186—188. Heimbach im Rechtslexikon Bd. 5 S. 591—593. Reinhard im Archiv für die Civilistische Praxis Bd. 32 S. 201—208.

10) S. oben zu Tit. 7 Ziffer 12 N. 10 a. E. S. 165 f.

fügung (decretum) des princeps erlaubt worden ſind. Andernfalls darf der durch ſie Bedrohte das Interdict auswirken, um ihre Vornahme oder ihre Fortſetzung zu verhindern. Dagegen ſteht ihm, ſofern nicht etwa die Vorausſetzungen des Quod vi aut clam vorliegen, ein Interdict nicht zu, um die Beſeitigung des bereits Errichteten zu erzwingen.

In den beiden folgenden Paragraphen begründet Ulpian die Berechtigung dieſes prohibitoriſchen Interdictes aus dem gleichen Anſpruche aller Bürger, kraft ihres Bürgerrechtes [11]) die loca publica zu benutzen.

L. 2 cit. §§. 1 sq.:

§. 1. Hoc interdictum prohibitorium est. §. 2. et tam publicis utilitatibus quam privatorum per hoc prospicitur . loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque, et tantum iuris (in iis *ins*. M.) habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet . propter quod si forte opus in publico fiet, quod ad privati damnum redundet, prohibitorio interdicto potest conveniri, propter quam rem [12]) hoc interdictum propositum est.

Jene Begründung hat ſehr verſchiedenartige Auffaſſungen erlitten.

Schulting [13]) bemerkt zu den Worten *„quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet“*: facto opere. Er verſteht ſie demnach dahin, daß die Befugniß des Einzelnen, durch ein zuſtandegebrachtes opus die Uebrigen am

11) Vgl. oben zu Tit. 7 Ziffer 4 S. 38, Ziffer 5 S. 45 f., S. 54 f.

12) Die Worte „prohibitorio — rem“ ſind mit Mommſen als Gloſſem zu ſtreichen.

13) Notae ad Digesta ad h. l.

Gebrauche des locus publicus zu hindern, eben so groß sei, als der Anspruch der Letzteren auf den bisherigen Gebrauch. Dies scheint mir schon deswegen verfehlt, weil nach der nec vi nec clam erfolgten Errichtung eines opus kein Rechtsmittel mehr stattfindet, jene Behinderung zu beseitigen, der Anspruch auf den Fortbestand der durch das opus einmal verursachten Behinderung in der That also stärker ist, als der Anspruch auf Wiederherstellung des unbehinderten Gebrauches. Jedenfalls aber läßt sich nach Schultings Auffassung aus dem Verhältnisse zwischen dem Anspruche auf den Gebrauch des locus publicus einerseits und dem Anspruche auf Behinderung dieses Gebrauches durch ein zustandegebrachtes opus anderseits höchstens ein Grund dafür entnehmen, weshalb der Prätor ein restitutorisches Interdict auf Beseitigung des opus nicht ertheilt, — nimmer jedoch ein Grund dafür, weshalb er umgekehrt demjenigen, der eine Benachtheiligung durch das erst beabsichtigte opus besorgt, ein prohibitorisches Interdict gegen dasselbe gewährt. Und gerade das Letztere ist es doch, was laut unsrer Stelle (propter quod — propositum est) begründet werden soll.

Nicht weniger als vier andere Versuche, sie zu erklären, hat bereits Accursius aneinander gereiht. Er berichtet in der Glosse ad v. *ad obtinendum*: scilicet usum publicum: quod facimus proponendo edictum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet: quod sit aedificandum secundum Jo(annem Bassianum, Schüler des Bulgarus). et sic cum sumus in pari causa, potior est mea condicio, qui prohibeo: ut supra *communi div.* (D. 10, 3) l. *Sabinus* (28) et *si serv. vind.* (D. 8, 5) l. *an unus* (11). Item quia sum in quasi possessione usus: unde potior est condicio possidentis: cum adhuc alter non aedificaverit. Item tertio, quia publicum ius universitatis tueor principa-

liter vel secundario: et sic non tantum, sed plus iuris habeo ego, qui interdico. — Vel dic secundum B(ulgarum), tantum habemus ad obtinendum scilicet aedificando, quantum quilibet ex populo etc. i. e. durat mihi facultas aedificandi, quousque est facultas prohibendi. — vel dic tertio, quod neuter vult aedificare, sed uterque uti . hoc ergo casu neuter vincit, quia tantum ius habet unus quam alter: ut in plaustris obviantibus apparet: quo casu vel gratificationi locus est, ut arg. supra *de relig. et sumpt. fun.* (D. 11, 7) l. fin. (46) vel sorti arg. supra *de iud.* (D. 5, 1) l. *in tribus* (13), nisi forte alter potuerit providere, alter non arg. supra *de loc. et cond.* (D. 19, 2) l. *si quis domum* (9) §. 1 et facit Cod. de serv. et aqua (3, 34) l. *per agrum* (11). — Vel dic quarto, tantum ius habet unus ad utendum loco publico, quantum iuris habemus ad prohibendum, ne quid in loco publico fiat, quod nobis aliquid molestiae inferat.

Für die dritte dieſer Erklärungen bietet l. 2 §. 2 cit. m. E. überhaupt keinen Anknüpfungspunct; von der friedlichen Schlichtung des Streites um den Vorrang zwiſchen zwei gleichberechtigten Intereſſen iſt in ihr gar nicht die Rede. Die zweite und die vierte Erklärung unterſcheiden ſich, wenn ich ſie richtig verſtehe, dadurch, daß die vierte das Gebrauchsrecht am locus publicus zu dem Rechte, ſolche Anlagen in loco publico zu verhindern, welche den Verhindernden benachtheiligen würden, nicht ſowohl in Gegenſatz ſtellt, als vielmehr dieſes Recht jenem beiordnet, — während die zweite, diejenige des Bulgarus, die Befugniß, einen öffentlichen Platz zu benutzen, indem man ihn bebaut, davon abhängig ſein läßt, daß ihr das Verhinderungsrecht nicht entgegentritt. Wider die vierte Erklärung ſpricht dasſelbe, was die dritte unannehmbar macht: es handelt ſich nicht um ein Nebeneinanderbeſtehen vereinbarer

Befugniſſe, ſondern um einen ausſchließenden Gegenſatz. So bleibt nur die Wahl zwiſchen den Auffaſſungen des Bulgarus und des Joannes Baſſianus. Und da kann die Entſcheidung nicht ſchwierig ſein. Denn wenn auch der Inhalt deſſen, was Bulgarus lehrt, an ſich nicht unrichtig iſt, ſo entſpricht er doch nicht den Worten Ulpians. Das ius ad prohibendum, welches der römiſche Juriſt dem ius ad obtinendum als gleich ſtark gegenüberſtellt, kann gar nicht das Recht auf Erwirkung des Interdictes ſein: iſt doch das Interdict nur dann ſtatthaft, wenn ein opus in publico vorgenommen wird, welches einen Andern ſchädigen würde, während das ius ad obtinendum ſich durchaus nicht auf die Vornahme eines derartigen opus beſchränkt, vielmehr die mannigfachſte Benutzung des locus publicus gewährt. Somit muß umgekehrt das ius ad prohibendum eine Benutzung dieſes Platzes bezeichnen, welche die thatſächlich beſtehende allgemeine Benutzung desſelben beeinträchtigt. Eben deshalb, weil jeder den gleichen Anſpruch auf Fortdauer jener Benutzung hat, braucht er ſich deren Behinderung durch den von einem Andern beabſichtigten Gebrauch nicht gefallen zu laſſen. Das zum Schutze des vorhandenen Genuſſes gegen die Gefährdung ſeiner Fortdauer beſtimmte Interdict ſchützt auf dieſe Weiſe zugleich wie den Vortheil des Klägers ſo das Gemeinwohl.

Indeſſen iſt das Interdict, wie erwähnt, ein reines Privatinterdict: laut der Worte „qua ex re quid illi damnum detur“ ſetzt es voraus, daß das beabſichtigte opus das perſönliche Intereſſe des Impetranten gefährde. Eben deshalb iſt es dieſem unbedingt geſtattet, einen Procurator an ſeiner Stelle handeln zu laſſen.

L. 6 D. h. t.:

(*Julian.* lib. 43. dig.) Ei, qui hoc interdicto experitur, „ne quid in loco publico fiat, quo damnum pri-

vato detur," quamvis de loco publico interdicat, nihilo minus procuratoris dandi facultas est. [14])

Indem der Prätor unſer Interdict aufſtellte, hat er damit dem einzelnen Bürger ein wahres Privatrecht verſchafft, kraft deſſen dieſer gegenüber jedem Mitbürger die beſtehende Möglichkeit, einen locus publicus zu benutzen, für ſich in Anſpruch nehmen darf, [15]) alſo ein Recht gleicher Conſtruction, wie ſie auf der geſchichtlichen Grundlage der Popularinterdicte zum Schutze der res publicae in publico usu heute in ausgedehnterem Umfange ſtattfindet. [16]) Das Eigenthümliche dieſer Conſtruction liegt darin, daß jenes Recht nicht beſteht gegenüber dem Gemeinweſen, welchem der einzelne locus publicus gehört, daß es vielmehr durch den ordnungsmäßigen Beſchluß dieſes Gemeinweſens jederzeit beſeitigt werden kann.

Während jedoch die heutige Geſtaltung jener Popularinterdicte das unwillkürliche Ergebniß eines mehr oder minder zufälligen Entwickelungsganges iſt, bildet unſer Interdict eine bewußte Neuſchöpfung des Prätors. Und damit hat er einen ſehr erſprießlichen Gedanken zur Geltung gebracht: der Vortheil, welcher aus einem locus publicus dem Einzelnen kraft ſeines Bürgerrechtes zukommt, ſoll ihm auch dann unverkümmert bleiben, wenn die Beeinträchtigung dieſes Vortheils das öffentliche Intereſſe nicht berührt. Erſt damit iſt den Anliegern die Ausnutzung des Vortheils geſichert, welchen ein locus publicus durch Zukömmlichkeit, Licht und Luft gewährt; ohne den Schutz des Interdictes müßten ſie beſorgen, infolge der Anlage eines Dritten nicht blos dieſen Vortheil zu verlieren, ſondern

14) Vgl. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1833 Ziffer 3 S. 28. §. 1835 Ziffer 8 S. 54 f.
15) S. oben zu Tit. 7 Ziffer 12 S. 192.
16) Vgl. daſ. S. 174.

auch den Werth ihrer eignen, in der Voraussetzung der Fortdauer desselben gemachten, Anlagen mehr oder minder einzubüßen.

Dem ius civile war ein Schutz des dem Einzelnen durch den usus publicus zukommenden Vortheils völlig fremd. Wenn jemand auf einem locus publicus eine Anlage macht, welche durch ihre Einwirkung auf den Regenwasserablauf ein Feldgrundstück gefährdet, so ist gegen ihn nicht einmal die actio aquae pluviae arcendae statthaft; denn diese Klage geht nur gegen den Eigenthümer des bedrohlichen Grundstücks.[17]) Doch heben die römischen Juristen hervor, daß sie dann stattfinde, wenn die bedrohliche Anlage selbst auf einem Privatgrundstücke gemacht worden ist, die Gefahr aber durch ein öffentliches Grundstück auf das bedrohte übertragen wird (interveniente loco publico). Und eben diesen Fall betrifft eine Stelle, welche die Compilatoren aus dem Zusammenhange einer Erörterung des Paulus über die actio aquae pluviae arcendae in unsern Titel aufgenommen haben.

L. 5 D. h. t.:

(*Paul.* lib. 16. ad *Sabin.*)[18]) Si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio privato ex lege duodecim tabularum, ut noxa domino caveatur.[19])

17) L. 3 §. 3. l. 18 pr. D. de a. et a. pl. 39, 3 (s. oben zu Tit. 7 Ziffer 4 S. 33).

18) Vgl. Lenel palingen. vol. I col. 1291 f. nri 1887—1890.

19) Caveatur lieset die erste Correctur der Florentina; nach Cujaz in Pauli lib. 49. ad ed. ad l. 2 D. de a. pl. a. 39, 3 las eine jetzt verlorene Handschrift der Basiliken, LVIII, 8, 5: *κινεῖ παθεῖν τι ἐπὶ τὸ* (*lege τῷ* Heimb.) *παθεῖν τὸ ἀζήμιον*; danach will er lesen: sarciatur, was Mommsen billigt. Allein dies paßt

Aus dem dargeſtellten Zwecke des Interdicts, dem einzelnen Bürger die vorhandene Möglichkeit der Benutzung eines locus publicus zu ſichern, ergiebt ſich zugleich ſeine gegenſtändliche Beſchränkung, und zwar nach zwei Seiten hin.

Einerſeits umfaßt zwar der Begriff des locus publicus auch die zum patrimonium fisci oder civitatis gehörigen Grundſtücke; allein das interdictum Ne quid in loco publico fiat, quo alteri quid damni detur kann ausſchließlich auf ſolche loca publica Anwendung erleiden, welche dem usus publicus dienen.

L. 2 §§. 3—5 D. h. t.:

§. 3. Publici loci appellatio quemadmodum accipiatur, Labeo definit, ut et ad areas et ad insulas et ad agros et ad vias publicas itineraque publica pertineat.

§. 4. Hoc interdictum ad ea loca, quae sunt in fisci patrimonio, non puto pertinere: in his enim neque facere quicquam neque prohibere privatus potest: res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt . igitur si quis in his aliquid faciat, nequaquam hoc interdictum locum habebit: sed si forte de his sit controversia, praefecti eorum iudices sunt. [19a])

§. 5. Ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet, quae publico usui destinata sunt, ut, si quid illic fiat, quod privato noceret, praetor intercederet interdicto suo.

ſchlechterdings nicht zu dem Futurum *nocebit*: ein erſt drohender Schade kann noch nicht gebeſſert werden (cf. l. 7 §. 1 D. de damn. inf. 39, 2). Deshalb iſt das caveatur beizubehalten in dem Sinne, daß der Eigenthümer der bedrohlichen Leitung den drohenden Schaden abwenden müſſe, oder mit Burckhard in dieſem Commentar Serie der Bücher 39 und 40 Thl. 3 S. 55 zu leſen: arceatur.

19a) Vgl. oben zu Tit. 7 Ziffer 13 N. 91 S. 204.

Anderseits unterliegen auch manche Privatgrundstücke dem Gemeingebrauche; indessen muß das Interdict sich beschränken auf diejenigen Grundstücke in publico usu, deren Eigenthum einem Gemeinwesen gehört. Der Gemeingebrauch an einem im Privateigenthum stehenden Grundstücke nämlich entzieht dem Grundeigenthümer die freie Verfügung über sein Eigenthum nicht weiter, als es die im Gemeingebrauche gegebene servitutische Belastung nothwendig macht; einer unbeschadet des Gemeingebrauches stattfindenden Verfügung des Eigenthümers darf niemand aus dem Grunde entgegentreten, weil er durch sie in einem blos thatsächlichen Genusse beeinträchtigt wird. Und ebenso geht es den Eigenthümer allein an, wenn auf seinem Eigenthume ohne den Gemeingebrauch zu beeinträchtigen unbefugt jemand etwas vornimmt, was einen Dritten thatsächlich benachtheiligt. Hierin glauben wir die von Reinhard[19b]) vermißte Erklärung dafür gefunden zu haben, weshalb unser Interdict sich beschränkt auf solche dem Gemeingebrauche unterworfenen Grundstücke, welche im Eigenthume eines Gemeinwesens stehen. Und zugleich verstehen wir nunmehr, warum Ulpian die im Gemeingebrauche befindlichen Wege auf privatem Grunde und Boden erst bei der Erörterung des interdictum populare Ne quid in via publica fiat[19c]) unter die viae publicae einreiht.

In ähnlicher Weise, wie an den loca publica, welche im Eigenthume eines Gemeinwesens stehen, findet ein usus publicus auch am Meere und an dessen Gestade statt, obgleich das Meer vermöge seiner natürlichen Beschaffenheit sich und sein Gestade dem menschlichen Eigenthume entzieht, auch demjenigen eines Staates, und sollte es der mächtigste sein. Eben deshalb läßt sich l. 3 pr. D. h. t.:

19b) Archiv für die Civil. Prax. Bd. 32 S. 202.
19c) L. 2 cit. §. 23 i. f.

(*Celsus* lib. 39. dig.) Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror

nicht füglich mit Dernburg[20]) dahin verſtehen, daß ihr Verfaſſer die Meeresufer als öffentliche Sachen des Staates betrachte. Hat doch gerade er die von C. Aquilius Gallus aufgeſtellte Begriffsbeſtimmung[21]) uns überliefert, nach welcher das Meeresgeſtade ſoweit gerechnet wird, als die regelmäßige Hochfluth zu ſteigen pflegt.[22]) Einem ſo ſcharfſinnigen Juriſten wie Celſus, der gewohnt war, ſeine Ausſprüche auf unmittelbare Anſchauung zu ſtützen,[22a]) konnte es danach ſchwerlich verborgen bleiben, daß die elementare Gewalt des Meeres in ihrer regelmäßigen Wiederkehr ſchlechterdings diejenige Herrſchaft des Menſchen über das Geſtade nicht duldet, die wir Eigenthum nennen. Mit

20) Pandekten Bd. 1 §. 69 zu N. 7. Vgl. gegen Dernburgs Anſicht auch Kappeler der Rechtsbegriff des öffentlichen Waſſerlaufs S. 25 unten f. und S. 13 Anm. 1.

21) Cic. top. 7, 32: Solebat igitur Aquilius, collega et familiaris meus, cum de litoribus ageretur, quae omnia publica esse vultis, quaerentibus iis, ad quos id pertinebat, quid esset litus, ita definire, qua fluctus eluderet.

22) L. 96 pr. D. de V. S. 50, 16 (lib. 25. dig.): Litus est, quousque maximus fluctus a mari pervenit: idque M. Tullium aiunt, cum arbiter esset, primum constituisse. Um richtig zu ſein, müßte es heißen, wie Mommſen ad h. l. bemerkt: idque M. Tullius Gallum Aquilium ait etc. oder drgl.

22a) Vgl. z. B. l. 5 §. 15 D. commod. 13, 6; l. 18 §. 1 D. de a. p. 41, 2; l. 9 §. 1 D. de N. G. 3, 5; l. 38 D. de R. V. 6, 1; l. 6 D. quemadm. serv. 8, 6; l. 26 §. 12 D. de cond. ind. 12, 6; l. 27 §. 14 D. ad leg. Aquil. 9, 2.

den Worten: populi Romani esse arbitror — will er nichts Anderes ausdrücken, als daß der Gebrauch der Meeresgestade, soweit sie der römischen Staatshoheit (imperium) unterliegen, den römischen Staatsangehörigen zustehe. Jedenfalls ist diese Bedeutung jenes Ausspruchs für den Zusammenhang der justinianischen Compilation anzunehmen. Heißt es doch hier an maßgebenden Stellen:

proprietas eorum (sc. litorum) potest intelligi nullius esse, sed eiusdem iuris esse, cuius et mare et quae subiacent mari, terra vel arena; [23])

— litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt etc.; [24])

Litora, quae fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur, quia nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant etc. [25])

Und läßt sich doch nur aus der Herrenlosigkeit der wiederholt, und zwar ex professo, in der Compilation ausgesprochene Satz erklären, daß derjenige, welcher am Gestade eine Anlage macht, deren Eigenthum erwirbt, [26]) wie denn l. 14 pr. D. de a. r. d. 41, 1 diesen Erwerb ausdrücklich auf die Herrenlosigkeit des Gestades zurückführt. [27])

War aber der Begriff der res communis omnium infolge seiner Anwendung auf das Meer auch auf dessen

23) §. 5 cit. i. f. J. de R. D. 2, 1.
24) L. 14 pr. D. de a. r. d. 41, 1 (Nerat. lib. 5. membr.).
25) L. 51 D. de C. E. 18, 1 (Paul. lib. 21. ad ed.).
26) L. 6 pr. l. 10 D. de D. R. 2, 1. l. 14 pr. l. 50 D. de a. r. d. 41, 1. l. 1 §. 18 D. de O. N. N. 39, 1.
27) S. zu Tit. 7 Ziffer 1 S. 19 zu N. 2a. — Vgl. auch unten N. 30 a. E.

Geſtade erſtreckt worden,[28]) ſo giebt ihm jener Ausſpruch des Celſus hier und, ſoweit das Geſtade dabei mit in Betracht kommt, auch für das Meer ſelbſt inſofern eine praktiſche Bedeutung, als danach die Angehörigen des römiſchen Staates im Gebrauche von Geſtade und Meer Schutz zu beanſpruchen haben. Und anderſeits erhält erſt damit der dem Gemeingebrauch an Geſtade und Meer gewährte Rechtsſchutz ſeine Begründung.

Auch an Meer und Geſtade ſoll der Gemeingebrauch von dem Einzelnen nur mit der Maßgabe ausgeübt werden, daß er den Uebrigen dadurch nicht verkümmert werde.

L. 3 cit. §. 1 D. h. t.:

Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse, qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit.

L. 4 eod.:

(*Scaevola* lib. 5. resp.) Respondit in litore iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impediretur.

Der Rechtsbehelf, mittels deſſen der durch eine beabſichtigte Anlage hinſichtlich des ihm bisher offenen Gemeingebrauchs an Geſtade oder Meer Gefährdete dieſe Anlage abwehrt, iſt das interdictum Ne quid in loco publico fiat, quo alteri quid damni detur, als utile. In der Ertheilung dieſes Interdictes liegt die pflichtmäßige Verweigerung der concessio des gefährdenden Baues.[28a])

L. 2 §. 8 D. h. t.:

Adversus eum, qui molem in mare proicit,[29]) inter-

28) §. 1 J. de R. D. 2, 1: Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: — mare et per hoc litora maris. L. 2 §. 1 D. de D. R. 1, 8. §. 5 J. eod. l. 5 §. 1 D. eod.

28a) Vgl. oben zu Titel 7 Ziffer 12 N. 10 S. 165 f.

29) Die Florentina lieſet: proiecit. Die von Momm-

dictum utile competit ei, cui forte haec res nocitura sit: si autem nemo damnum sentit, tuendus est is, qui in litore aedificat vel molem in mare iacit.

Hat jemand durch eine zuläſſige Anlage an einem Stücke des Geſtades oder des Meeresbodens Eigenthum erworben, ſo wird er ſoweit ſelbſtverſtändlich als Eigenthümer und, falls er im Beſitze ſeiner Anlage iſt, als Beſitzer geſchützt. Und weil er im Begriffe ſteht, durch Ausführung einer ſolchen Anlage das Eigenthum des Bodens zu erwerben, auf dem er ſie ausführt, ſo kann er ſchon jetzt an ihrer Ausführung weder durch ein, das interdictum Quod vi aut clam begründendes, Privatverbot gehindert werden, noch durch die operis novi nuntiatio, ſofern die letztere iuris nostri conservandi oder iuris publici tuendi causa, und nicht etwa zwecks Erlangung der cautio damni infecti geſchieht. [30])

ſen vorgeſchlagene Aenderung in proicit iſt nothwendig wegen der rein prohibitoriſchen Natur des Interdictes und ſtellt ſich als ſolche auch äußerlich dar nicht ſowohl wegen des folgenden Futurums nocitura sit, als wegen der dem proicit entſprechenden Präſentia aedificat und iacit.

30) L. 1 §. 18 D. de O. N. N. 39, 1 (Ulp. lib. 52. ad ed.) Quod si quis in mare vel in litore aedificet, licet in suo non aedificet, iure tamen gentium suum facit: si quis igitur velit ibi aedificantem prohibere, nullo iure prohibet, neque opus novum nuntiare nisi ex una causa potest, si forte damni infecti velit sibi caveri. Burckhard in dieſem Commentar Serie der Bücher 39 und 40 Thl. 1 S. 142 ff. Vgl. Stölzel die Lehre von der operis novi nunciatio S. 126 ff. und S. 424 f. — Uebrigens bildet auch die Thatſache, daß die operis novi nuntiatio iuris publici tuendi causa gegenüber Bauten am Geſtade oder im Meere unſtatthaft iſt, einen zwingenden Beweis gegen die Anſicht, welche dem Staate,

Allein gegen thätliche Behinderung läßt ihn nicht nur das ius civile schutzlos, sondern nicht minder das Edict. [31]) Nicht einmal die actio iniuriarum sichert ihn gegen eine solche, wenn sie unter der Behauptung erfolgt, daß die beabsichtigte Anlage den Hindernden gefährde. Hier bleibt nichts übrig, als im Einzelfalle den Prätor um Hülfe anzugehen; er ertheilt sie durch Verbot der Hinderung. Hiervon redet l. 2 §. 8 h. t. cit. i. f. (tuendus est is,

dessen Hoheit ein Gestade unterliegt, privatrechtliches Eigenthum daran beilegt.

31) L. 50 D. de a. r. d. 41, 1 (s. unten den Context) v. immo etiam manu prohibendus est, si cum incommodo ceterorum id faciat. Stölzel a. a. O. S. 126. Es ist eine unglückliche Erinnerung, wenn die Glosse ad h. v. und ihr zustimmend Pothier Pandectae Justinianeae ad tit. 41, 1 sul. I art. I §. 2 nr. VII n. 5 bei dem prohiberi manu nach l. 5 §. 10 D. de O. N. N. 39, 1 (Ulp. lib. 52. ad ed. Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum inmittere vel proicere vult, melius esse eum per praetorem vel per manum, id est lapilli ictum prohibere, quam operis novi nuntiatione etc.) an den iactus lapilli denkt, der gegen den trotzdem fortgesetzten Bau das interdictum Quod vi aut clam begründet. Denn es ist nicht allein nach l. 1 §. 18 D. de O. N. N. 39, 1 (oben N. 30) ein solches Verbot des Bauens hier ganz unwirksam; sondern es würde auch das aus ihm etwa hergeleitete interdictum Quod vi aut clam jedenfalls dann gegenstandslos bleiben, wenn der Bau den Prohibirenden nicht schädigt. Und gerade diese Unschädlichkeit ist ja die Voraussetzung des decretum, ut facere liceat, in l. 50 cit. Obendrein aber dürften die Worte: *id est per lapilli ictum* in l. 5 §. 10 cit. ein Glossem sein. Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 2 §. 465 N. 18. 7. Aufl. S. 684; zustimmend Mommsen Digesta Justiniani Aug. vol. I p. LXXXVI emendanda ad vol. II p. 376, 8 unter Hinweis auf unsere l. 50 cit.

qui in litore aedificat vel molem in mare iacit); und eben hierauf bezieht sich auch l. 50 D. de a. r. d. 41, 1. (*Pompon.* lib. 6. ex *Plaut.*) Quamvis quod in litore publico vel in mari exstruxerimus, nostrum fiat, tamen decretum praetoris adhibendum est, ut id facere liceat: immo etiam manu prohibendus est, si cum incommodo ceterorum id faciat: nam civilem eum actionem de faciendo nullam habere non dubito.

Ganz irrig wäre es, unter dem decretum praetoris eine vorgängige Genehmigung der Anlage durch den Prätor zu verstehen: einer Genehmigung bedarf es überhaupt nicht, da die Befugniß zur Ausführung einer dem Gemeingebrauche unschädlichen Anlage am Gestade oder im Meere mit dem Gemeingebrauche an diesen res communes omnium ohne weiteres gegeben ist; und jedenfalls würde sie, wenn erforderlich, nicht vom Prätor ertheilt werden können, dem ja reine Verwaltungshandlungen nicht zustehen. [32]) Decretum praetoris bedeutet hier nichts Anderes, als das auf Anrufen des Bauenden dem Hindernden vom Prätor persönlich erklärte Verbot der Hinderung. Ohne Zweifel aber untersuchte der Prätor nicht erst, ob die beabsichtigte Anlage dem Gegner unschädlich sei, sondern verbot ihm deren Hinderung nur unter der Voraussetzung dieser Unschädlichkeit. Das jedoch geschah gewiß am zweckmäßigsten mittels eines für den Einzelfall auf jene Voraussetzung lautenden prohibitorischen Interdictes. [32a])

3. Gemäß seiner Fassung: Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas richtet sich unser Interdict nur gegen solche Beeinträchtigungen, welche dem Im-

32) Vgl. oben zu Titel 7 Ziffer 12 N. 10 S. 165 f.

32a) Völlig grundlos ist der bei Schulting ad h. l. mitgetheilte Vorschlag älterer Juristen statt praetoris zu lesen principis.

petranten drohen aus beabsichtigten Veränderungen am Zustande des locus publicus (facere), namentlich Anlagen auf oder über demselben, oder aus dem bevorstehenden Einführen von Sachen oder Stoffen in oder auf ihn (immittere).[32b]) Uebrigens ist das Interdict auch dann statthaft, wenn die Anlage nicht vom Grunde auf in loco publico errichtet werden soll, die Absicht vielmehr dahin geht, von einem auf einem Privatgrundstücke stehenden Gebäude aus in den Luftraum über einem locus publicus einzugreifen. Sofern dieser Eingriff ein andauernder sein würde, wie z. B. ein Vorbau, kann unser Interdict als prohibitorisches selbstverständlich nur helfen, solange die Anlage noch nicht ausgeführt worden ist.[33]) Anders wenn die an einem Privatgebäude befindliche Anlage nur vorübergehend in den Luftraum über dem locus publicus eingreift, ihr Eingriff jedoch Wiederholung droht. Hier findet zur Abwehr seiner Wiederholung unser Interdict utiliter auch dann noch statt, wenn die Anlage bereits fertig ist. So bezeugen es die Quellen für den Fall, wenn jemand an seinem Erker ein Sonnenzelt (eine s. g. Markise) angebracht hat, welches herabgelassen über einen öffentlichen Weg oder Platz vorspringend dem Nachbar das Licht nimmt.

L. 2 cit. §. 6:

Cum quidam velum in maeniano immissum haberet, quo[33a]) vicini luminibus officiebat, utile interdictum

32b) Vgl. K. A. Schmidt in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 15 S. 60 f.

33) Der Gemeingebrauch öffentlicher Wege ist gegen Behinderung durch ausgeführte Anlagen mittels eines besondern restitutorischen Interdictes geschützt. L. 2 cit. §. 35. S. unten Ziffer 6.

33a) So ist mit Mommsen statt des handschriftlichen qui zu lesen.

competit: „ne quid in publico immittas, qua ex re luminibus Gaii Seii officias.“

Dieſes utile interdictum geht als prohibitoriſches ſelbſtverſtändlich nicht auf Wegnahme des Sonnenzeltes, wie daran in der That dem Impetranten gar nichts liegt; es verbietet vielmehr das Herablaſſen des Zeltes für die Zukunft. [34])

Als Zuwiderhandeln wider das Interdict aber gilt, wie uns gerade hier bezeugt wird, nicht blos die, mehr oder minder planmäßige, [34a]) Ausführung einer dem Impetranten nachtheiligen Anlage in loco publico, ſondern ſchon der Beginn oder die Fortſetzung von Vorbereitungshandlungen zu ſolcher Anlage, welche nach Erlaß des Interdictes vorgenommen werden. Demnach verfiel die sponsio des Impetraten ex interdicto, wenn er post interdictum redditum auf einem, dem öffentlichen Grundſtücke benachbarten, Privatgrundſtücke Steine hatte abladen laſſen, welche, wie nachgewieſen worden, für den verbotenen Bau beſtimmt waren; ebenſo wenn er Arbeiter für dieſen Bau gedungen, die zwecks desſelben erforderlichen Abmeſſungen vorgenommen, vielleicht ſchon einige Spatenſtiche dazu gethan hatte und drgl. Im iudicium secutorium konnte hier der Impetrat natürlich nicht angehalten werden, eine Anlage, die ja noch gar nicht gemacht worden war, als interdictswidrige zu beſei-

34) Vgl. Thl. 1 dieſer Serie §. 1837 Ziffer 62 S. 363 ff. So richtig auch Seufferts Archiv Bd. 29 Nr. 141 (OAG. Roſtock 1862. Buchta und Budde Entſcheidungen Bd. 5 S. 136 f.).

34a) Vgl. die von der Gloſſe zu l. 2 cit. §. 18 h. t. angeführte l. 21 §. 3 D. de O. N. N. 39, 1 (Ulp. lib. 80. ad ed.) Opus autem factum accipimus non, si unum vel alterum cementum fuit impositum, sed si proponatur instar quoddam operis et quasi facies quaedam facta (operis *del.* M.).

tigen; wohl aber wurde er auf das Intereſſe des Impetraten am Unterbleiben jedes Zuwiderhandelns verurtheilt, falls er dieſem ſich nicht Verbalcaution leiſtete, die Fortſetzung ſeines Vorhabens zu unterlaſſen.

L. 2 cit. §. 18:

Si tamen adhuc nullum opus factum fuerit, officio iudicis continetur, uti caveatur non fieri: et ea omnia etiam in persona heredum ceterorumque successorum erunt cavenda.

Jene Caution mußte auf die Erben des Impetraten mitabgeſtellt oder, wenn dieſer vor der Cautionsleiſtung geſtorben war, von ſeinen Erben eingegangen werden. [34b])

Im heutigen Rechte wird dieſe Caution durch die Strafandrohung erſetzt, welche nach CPO. §. 775 entweder in dem, die Verpflichtung zu einer Unterlaſſung ausſprechenden, Urtheile enthalten iſt, oder auf Antrag vom Proceßgerichte erſter Inſtanz erlaſſen wird. [34c])

Einer Behinderung in der Benutzung eines dem Gemeingebrauche unterliegenden locus publicus, des Meeres oder des Geſtades, welche nicht aus einer beabſichtigten Anlage droht, tritt unſer Interdict nicht entgegen. Zu ihrer Abwehr iſt für öffentliche Wege ein beſonderes prohibitoriſches Interdict proponirt; [35]) wegen derartiger Behinderung an der Benutzung anderer res in publico usu war im römiſchen Rechte nur die actio iniuriarum anwendbar.

L. 2 cit. §. 9:

Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in balineo publico lavare

34b) S. Thl. 2 dieſer Serie §. 1838e Ziffer 104 S. 260 ff.

34c) S. daſ. §. 1840a Ziffer 129 S. 513 ff.

35) L. 2 cit. §. 45. S. unten Ziffer 7.

aut in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus iniuriarum actione utendum est.

L. 13 §. 7 D. de iniur. 47, 10: [36])

(*Ulp.* lib. 57. ad ed.) Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Graeci σαγήνη dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita *Pomponius* et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiatur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc [37]) conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur. si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? me iniuriarum iudicio teneri an non? et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum, non posse quem piscari prohiberi: sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest. usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure, ut quis prohiberi possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari: quare si quis prohibeatur, adhuc iniuriarum agi potest. in lacu tamen, qui mei dominii est, utique piscari aliquem prohibere possum.

Heute wird ſtatt der privaten Injurienklage, wie wir zu Titel 7 Ziffer 12 S. 201 f. ausgeführt haben, ſtets ein öffentliches Strafverfahren anwendbar ſein.

36) Vgl. dazu oben zu Titel 7 Ziffer 12 S. 171 f. die Noten 27–30.

37) locum *scr.* M.

Abgeſehen von öffentlichen Wegen [38]) iſt keine privatrechtliche Klage ſtatthaft wegen der Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs durch eine bereits gemachte Anlage. Lautete doch das Edict, welches unſer Interdict proponirt, am Schluſſe ganz ausdrücklich: de eo, quod factum erit, interdictum non dabo. [39]) Erfordert die Rückſicht auf das Gemeinwohl, daß die Anlage beſeitigt werde, ſo iſt dies von Amtswegen durch die zuſtändige Behörde zu bewirken; andernfalls ſoll die Anlage unter Auferlegung eines Bodenzinſes ſtehen bleiben.

L. 2 cit. §. 17:

Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, ne ruinis urbs deformetur, et quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium . si tamen obstet id aedificium publico usui, utique is, qui operibus publicis procurat, [39a]) debebit id deponere, aut si non obstet, solarium ei imponere: vectigal enim hoc sic appellatur solarium [40]) ex eo, quod pro solo pendatur.

L. 7 eod.:

(*Julian.* lib. 48. dig.) Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverat, cogendus non est demolire, ne ruinis urbs deformetur, ita qui adversus edictum praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet: alioquin inane et lusorium praetoris imperium erit.

38) S. oben N. 33.

39) L. 2 pr. i. f. h. t. (ſ. oben S. 216).

39a) D. h. der curator operum publicorum, der in Beziehung auf das hauptſtädtiſche Bauweſen in der Kaiſerzeit an die Stelle des Cenſors getreten war. Mommſen römiſches Staatsrecht Bd. 2 2. Aufl. S. 437 N. 1. 3. Aufl. S. 450 N. 3.

40) solarium *del.* Haloander.

Als Grund, weshalb der Prätor in gleichem Umfange wie das prohibitorische Interdict nicht auch ein restitutorisches gewährt, führen beide Stellen die Erwägung an, ne ruinis urbs deformetur. Diese, offenbar schulmäßig überlieferte, Redewendung legt es in der That recht augenscheinlich dar, was den Prätor dazu veranlaßt hat, in seinem Edicte dem Publicum ausdrücklich die Hoffnung abzuschneiden, daß er gelegentlich auch da, wo nicht etwa die Voraussetzungen des Quod vi aut clam vorlagen, [40a]) gegen bereits errichtete Anlagen dem durch dieselben Benachtheiligten ein restitutorisches Interdict ertheilen werde. Wer Nachtheil aus einer erst geplanten Anlage in loco publico besorgt, soll sich sofort bemühen, diese Anlage zu verhüten; hat er das unterlassen, so mag er sich sagen, daß die Belästigung, welche der Gesammtheit durch Beseitigung der Anlage erwachsen würde, in keinem Verhältnisse stehe zu dem Nachtheile, den ihr Fortbestand ihm zufügt. [40b]) Aber nur gegenüber dem Interesse des Einzelnen, welches bei rechtzeitiger Aufmerksamkeit genügend gewahrt gewesen wäre, giebt die Rücksicht auf die Annehmlichkeit für die Gesammtheit den Ausschlag. Wo das Gemeinwohl in Frage steht, da wird von Amtswegen auf Beseitigung der ihm schädlichen Anlagen gedrungen; und nicht minder kann diese Beseitigung mittels des Popularinterdictes de loco sacro religioso sancto da gefordert werden, wo eine Anlage gegen religiöse Vorschriften verstößt.

40a) Vgl. l. 7 §. 8. l. 11 §. 1. l. 20 §. 5 D. quod vi. 43, 24. l. 17 §. 2 D. si serv. 8, 5 (vgl. dazu Thl. 1 dieser Serie S. 365 ff.). — Stölzel zur Lehre vom interdictum quod vi aut clam in Iherings Jahrb. Bd. 8 S. 156—163.

40b) Vgl. das Erkenntniß des OAG. Rostock v. J. 1862 bei Seuffert XXIX, 141.

L. 2 cit. §. 19:

Locorum sacrorum diversa causa est: in loco enim sacro non solum facere vetamur, sed et factum restituere iubemur: hoc propter religionem.

Und ebenſo tritt jene Erwägung: ne ruinis urbs deformetur da zurück, wo es ſich um öffentliche Wege handelt; gegen Anlagen aller Art, welche einen ſolchen Weg verſchlechtern, iſt gleichfalls ein reſtitutoriſches Interdict proponirt. [41])

Darf hiernach der Einzelne, der durch eine in loco publico bereits errichtete Anlage geſchädigt wird, deren Beſeitigung freilich nicht fordern, ſo braucht er doch anderſeits deren Ausbeſſerung nicht zu dulden; er kann ſie kraft unſeres Interdictes verbieten.

L. 2 cit. §. 7:

Si quis quod in loco publico positum habuit, reficere voluit, hoc interdicto locum esse *Aristo* ait ad prohibendum eum reficere.

Und zwar iſt das Interdict gegen die beabſichtigte Ausbeſſerung einer Anlage auch dann zuläſſig, wenn die Verwaltungsbehörde den Fortbeſtand der Anlage gegen einen Bodenzins geſtattet hat; denn die damit gewährte Erlaubniß der Anlage gilt ſelbſtverſtändlich nur mit dem Vorbehalte: ut sine iniuria cuiusquam fiat. [42]) Soweit eine Anlage fertig iſt, fehlt es ihr gegenüber dem Benachtheiligten allerdings an einem Rechtsbehelfe; jedes weitere Beginnen aber an ihr unterliegt als ein zukünftiges unſerm Interdicte; und ein ſolches Beginnen iſt auch die Ausbeſſerung.

4. Thatſächliche Vorausſetzung unſeres Interdicts iſt der Umſtand, daß die vom Impetraten beabſichtigte Anlage

41) L. 2 cit. §. 35.

42) L. 2 cit. §. 10 (ſ. unten S. 238).

das beſtehende Verhältniß des Impetranten zu dem locus publicus zu deſſen Nachtheil zu ändern droht.

L. 2 cit. §. 10:

Merito ait praetor „qua ex re quid illi damni detur:“ nam quotiensque aliquid in publico fieri permittitur, ita oportet permitti, ut sine iniuria cuiusquam fiat . et ita solet princeps, quotiens aliquid novi operis instituendum petitur, permittere.

Auch eine ſolche Anlage in loco publico, welche von Amtswegen nicht unterſagt wird (permittitur), weil ſie den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt, unterliegt unſerm Interdicte, wenn ſie einen Einzelnen thatſächlich benachtheiligt;[43]) und die Genehmigung des Princeps zu einer Anlage, welche den Gemeingebrauch beſchränkt, geſchieht grundſätzlich nur unter der Vorausſetzung, daß ſie keinen Einzelnen ſchädigt.

Als Nachtheil für den Einzelnen aber gilt jede Beeinträchtigung irgend eines thatſächlichen Vortheils, der ihm aus dem Zuſtande des locus publicus zugekommen iſt.

L. 2 cit. §. 11:

Damnum autem pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico consequebatur, qualequale sit.

Ein ſolcher Nachtheil kann z. B. darin beſtehen, daß jemanden die Ausſicht beſchränkt, die Zukömmlichkeit unbequemer gemacht oder verengt, das Licht geſchmälert wird.

L. 2 cit. §. 12. §. 14:

§. 12. Proinde si cui prospectus, si cui[43a]) aditus sit[44]) deterior aut angustior, interdicto opus est. §. 14: Plane si aedificium hoc effecerit, ut minus luminis insula tua habeat, interdictum hoc competit.

43) Vgl. oben Titel 7 Ziffer 11 S. 151 vor N. 87a.
43a) si cui] sive *scr.* M.
44) sit] fit *scr.* M.

Der Begriff des damnum wird also bei unserm Interdicte in viel weiterm Umfange verstanden, als bei der cautio damni infecti: bei dieser umfaßt er ausschließlich eine positive Schädigung, bei jenem zugleich die Entziehung eines Vortheils. [44a])

Nicht dagegen gilt es als widerrechtliche Benachtheiligung, wenn durch einen Bau in loco publico die Flüssigkeiten zurückgehalten werden, welche bisher vom Privatgrundstücke des Bauenden dem Nachbarn zugeflossen sind, ohne daß dieser darauf ein Recht gehabt hat.

L. 2 cit. §. 13:

Si quid in loco publico aedificavero, ut ea, quae ex meo ad te nullo iure defluebant, desinant fluere, interdicto me non teneri *Labeo* putat.

Denn der durch diese Anlage abgeschnittene Vortheil ist dem Nachbarn nicht aus dem locus publicus zugekommen, sondern aus dem Privatgrundstücke des Bauenden; und darauf hat er nur dann Anspruch, wenn ihm ein besonderer Rechtstitel zusteht. [45])

Und wenn jemand unbefugt eine Anlage in loco publico gemacht hat, welche durch eine jüngere, ebenfalls unbefugte, Anlage in loco publico beeinträchtigt wird, so steht ihm natürlich deswegen unser Interdict nicht zugebote. Wohl jedoch ist dies der Fall, wenn die ältere Anlage mit Genehmigung der zuständigen Behörde errichtet worden ist.

L. 2 cit. §. 15:

Idem (sc. *Labeo* cf. §. 14) ait, si in publico aedificem, deinde hoc aedificium ei obstet, quod tu in publico aedificaveras, cessare hoc interdictum, cum

44a) Vgl. l. 24 §. 12. l. 26 D. de damno inf. 39, 2 (oben S. 185 f. N. 51 und dazu oben Titel 7 Ziffer 12 S. 185).

45) Vgl. l. 1 §§. 11. 21 D. de a. et a. pl. 39, 3.

tu quoque illicite aedificaveris, nisi forte tu iure tibi concesso aedificaveras.

Sogar die landesherrliche Genehmigung zur Errichtung einer Anlage auf einem dem Gemeingebrauche unterliegenden Platze soll, wie wir gesehen haben, grundsätzlich nur unter der Voraussetzung ertheilt werden, daß ein Dritter dadurch hinsichtlich des Gemeingebrauchs keinerlei Nachtheil erleide. Soweit gleichwohl ein solcher Nachtheil droht, gilt jene Genehmigung als nicht erfolgt, sie müßte denn gerade auch auf diesen Fall erstreckt worden sein.

L. 2 cit. §. 16:

Si quis a principe simpliciter impetraverit, ut in publico loco aedificet, non est credendus sic aedificare, ut cum incommodo alicuius id fiat, neque sic conceditur: nisi forte quis hoc impetraverit.

Damit ungeachtet der Benachtheiligung eines Dritten die beabsichtigte Anlage statthaft sei, ist hiernach freilich nicht erforderlich, daß ihre Genehmigung unter ausdrücklicher Erwähnung jener Benachtheiligung erfolge; noch weniger, daß sie dieselbe nach Art und Umfang bezeichne. Unerläßlich aber ist es, daß sie, wenn auch nur bei Berücksichtigung der sie veranlassenden Verhandlung, über ihre Tragweite in dieser Beziehung keinen Zweifel übrig lasse. Schwerlich jedoch gestattet der Umstand allein, daß die genehmigende Stelle davon in Kenntniß gesetzt worden war, es werde aus der Anlage Nachtheil für einen Dritten erwartet, die gleichwohl, und zwar ohne ausdrücklichen Vorbehalt, ertheilte Genehmigung schlechthin als vorbehaltslose aufzufassen. Denn es ist immerhin denkbar, daß die genehmigende Stelle bei Ertheilung der Genehmigung jene Benachtheiligung außer Acht gelassen, oder daß sie die Besorgniß vor ihr für grundlos gehalten, oder daß sie als selbstverständlich vorausgesetzt habe, der die Genehmigung nachsuchende

Unternehmer müſſe den gefährdeten Dritten ſchadlos halten. [46])

Iſt der Vortheil, den die beabſichtigte Anlage verſpricht, nicht größer, als der Nachtheil, den ein Dritter dadurch erleidet, ſo wird unter allen Umſtänden ihre Genehmigung ſich nicht empfehlen. Im umgekehrten Falle bietet der Ueberſchuß des Vortheils der Anlage über den Nachtheil des Dritten die Möglichkeit, den Letztern voll zu entſchädigen und dabei dem Unternehmer immer noch Gewinn zu verſchaffen. Nun hat zwar der Dritte auf den Vortheil, der ihm bisher aus dem im Gemeingebrauche befindlichen Platze zugekommen iſt, dem betheiligten Gemeinweſen gegenüber keinen Rechtsanſpruch; die Beſeitigung dieſes Vortheils infolge einer das Gemeinweſen bindenden Verfügung kann alſo auch dann ohne Entſchädigung ſtattfinden, wenn ſie nicht im allgemeinen Intereſſe geſchieht, ſondern lediglich im Intereſſe eines andern Privaten. Indeſſen würde dies der natürlichen Billigkeit widerſtreiten: es läge darin eine Begünſtigung des Unternehmers auf Koſten des Dritten. Deshalb iſt gewiß die Vermuthung nicht zu kühn, daß der römiſche Princeps, falls er eine ſolche Anlage in loco

46) Es iſt mir hiernach zweifelhaft, ob die Entſcheidung des OAG. Kiel v. J. 1850 (Seufferts Archiv V, 134) das Richtige getroffen hat, wenn ſie annimmt, die landesherrliche Erlaubniß zur Errichtung eines Dammes im Kieler Hafen ſchließe deshalb auch den Entſchädigungsanſpruch des dadurch ſchwer benachtheiligten Klägers aus, weil es dem Landesherrn bei ihrer Ertheilung ganz unverkennbar offen vorgelegen habe, daß das Grundſtück des Klägers, gleich denjenigen ſeiner Nachbarn, durch den Damm von der unmittelbaren Verbindung mit dem Hafen abgeſchnitten werde. Wenigſtens giebt die Darſtellung des Thatbeſtandes bei Seuffert a. a. O. für dieſe Schlußfolgerung m. E. keine genügende Grundlage.

publico wegen ihres überwiegenden Vortheils für den Unternehmer erlaubte, es nur selten unterlassen habe, diesem die Entschädigung der dadurch thatsächlich Benachtheiligten zur Pflicht zu machen.

Um so eher darf heute in der schlichten Genehmigung zu einer Privatanlage auf einem dem Gemeingebrauche unterliegenden Platze die stillschweigende Auflage an den Unternehmer gefunden werden, den durch die Anlage in ihrem Verhältnisse zu jenem Platze Benachtheiligten volle Entschädigung zu leisten. Namentlich wird dies in allen denjenigen Fällen gelten müssen, in denen aus Gründen des öffentlichen Wohles zwecks eines Privatunternehmens das Enteignungsrecht gewährt wird. Mit der Gewährung dieses Rechtes wird ohne weiteres auch die Befugniß ertheilt, für den bestimmten Zweck Dritten die bisher von ihnen genossenen Vortheile an loca in publico usu zu entziehen. Kraft des Enteignungsrechtes wird nämlich der Unternehmer in die Lage gesetzt, das betheiligte Gemeinwesen soweit zur Aufhebung des Gemeingebrauches zu nöthigen, als sein Unternehmen gemäß dem von der zuständigen Behörde gebilligten Plane dies erheischt. Dem Gemeinwesen gegenüber jedoch besteht kein Recht des Einzelnen auf die Fortdauer der ihm durch den Gemeingebrauch bisher zugekommenen Vortheile. Somit kann er auch aus den Grundsätzen über Enteignung einen Entschädigungsanspruch weder gegen den Unternehmer, noch gegen das Gemeinwesen herleiten. Anderseits giebt sowenig die Genehmigung des Unternehmens im Ganzen, als die behördliche Feststellung des Planes im Einzelnen die geeignete Gelegenheit, durch ausdrücklichen Vorbehalt für jene wegfallenden Vortheile einen Entschädigungsanspruch zu begründen. Denn bei der Genehmigung im Ganzen ist noch nicht festgestellt, welche Benachtheiligung Dritter zwecks der Ausführung des Unternehmens eintreten werde; ein Vorbehalt ließe sich also nur

in ganz allgemeiner Fassung machen und würde dann leicht das richtige Maß überschreiten. Wer von den durch das Unternehmen thatsächlich Benachtheiligten gemäß der hier vertretenen Ansicht billigerweise zu entschädigen ist, das ergiebt sich erst nach Feststellung des Planes. Die Behörde aber, welche den Plan im Einzelnen festzustellen hat, [47]) ist nicht zugleich zuständig, kraft ihrer Verfügung einen nach der Rechtsordnung nicht vorhandenen Entschädigungsanspruch zu begründen: der von ihr hinsichtlich der Entschädigungspflicht des Unternehmers etwa gemachte Vorbehalt kann lediglich zur Sicherung bestehender Entschädigungsansprüche dienen. Hat man also nicht etwa den kühlen Muth, bei derartigen Unternehmungen einer rein formalen Rechtshandhabung zu Liebe den von echter Billigkeit getragenen Grundsatz des römischen Rechtes einfach preiszugeben, demzufolge selbst der Landesherr keine Anlage auf einem dem Gemeingebrauche unterliegenden Platze zum Nachtheile eines Dritten genehmigen will, — so ist man eben gezwungen, sofern die Genehmigung nicht zweifellos in entgegengesetztem Sinne ergeht, in sie mit uns die stillschweigende Auflage der Entschädigung hineinzulegen. Zu welchen Ergebnissen man sonst kommen kann, möge ein, wohl kaum vereinzelt dastehender, Fall veranschaulichen.

Der Kammermusikus G. in Hannover hatte i. J. 1860 ein Gartengrundstück gekauft, welches nach Norden durch einen, wenigstens im größern Theile seiner Breite nicht öffentlichen, Weg von der hannoverschen Staatsbahn getrennt war. Den nördlichen Grenzstreifen dieses Grundstückes bis zu einer kurz zuvor festgestellten Baulinie mit

47) In Preußen nach §. 150 des s. g. Zuständigkeitsgesetzes v. 1. August 1883 in den nicht besonders geregelten Fällen der Regierungspräsident. Vgl. Enteignungsges. v. 11. Juni 1874 §. 15.

einem Flächeninhalte von rund $5^3/_8$ Quadratruthen trat G. i. J. 1863 zu Eigenthum an die Stadt Hannover ab, welche dafür die Verwaltung jener Bahn zur unentgeltlichen Uebertragung eines angrenzenden Grundstücks von rund 2 Quadratruthen an den G. veranlaßte, außerdem aber die Verpflichtung übernahm, das ihr von G. abgetretene Stück nebst dem von dessen Nachbarn in entsprechender Weise abgetretenen Grunde und Boden zur Anlegung einer öffentlichen Straße zwischen der erwähnten Baulinie und der Staatsbahn zu verwenden. Infolge davon entstand die Hansenstraße in einer Breite von etwa 36—40 Fuß; übrigens wurden auch die Kosten der Straßenanlage von den Anliegern getragen. Demnächst erbaute G., unter Mitbenutzung der ihm von der Bahnverwaltung übereigneten Grundfläche, unmittelbar an dieser Straße ein massives herrschaftliches Wohnhaus von 66 Fuß Front und 47 Fuß Tiefe, welches mit Einschluß des Bodens sechs Stockwerke hat und durchweg mit gewölbten Kellern versehen ist. Er vermiethete das dritte und vierte Stockwerk ganz und das fünfte und sechste sowie die Keller zum Theil als herrschaftliche Wohnungen und benutzte die übrigen Räume zu Wohn- und Wirthschaftszwecken für sich und seine Familie, sowie insbesondere zu einem gewerbsmäßigen Handel mit musikalischen Instrumenten, namentlich mit Flügeln, Pianinos und Harmoniums, von denen er in seinem Hause ein bedeutendes, aus den berühmtesten Fabriken versehenes, Lager hielt.

Im Zusammenhange mit dem Neubau des Bahnhofes der hannoverschen Staatsbahn in der Stadt Hannover ließ unter Genehmigung der zuständigen Landesverwaltungsbehörden die Verwaltung genannter Bahn auf dem frühern Bahnkörper einen Damm in der Höhe von 4—5 Meter aufführen; und im unmittelbarem Anschlusse an jenen Damm, und zwar südlich von demselben, errichtete,

ebenfalls mit der erforderlichen Genehmigung der Verwaltungsbehörden, die Direction der Magdeburg-Halberstädter Eisenbahn zu Magdeburg, als Verwaltung der Hannover-Altenbekener Eisenbahn, behufs Einführung letztgenannter Bahn in den Staatsbahnhof zu Hannover einen zweiten, gleich hohen Damm, zu dessen Herstellung ihr der Magistrat der Stadt Hannover die ganze nördliche Längsseite der Hansenstraße auf so lange unentgeltlich überlassen hat, als jenes Terrain zu dem angegebenen Zwecke benutzt werden wird. Durch diesen Damm ist die Hansenstraße auf eine Breite von nur vier Meter verengt, so daß sie wie ein Hohlweg zwischen dem Damme an der Nordseite und den an ihrer Südflucht befindlichen Häusern herläuft.

Ganz abgesehen selbst von den überaus lästigen Einwirkungen des Bahnbetriebes auf dem hohen Damme durch Staub, Rauch und Locomotivenfunken, sowie durch heftiges Getöse und durch Erschütterungen, welche das Haus rissig gemacht haben, hat dasselbe schon unmittelbar durch das Dasein des Dammes an Werth sehr erheblich verloren. Die Miethswohnungen lassen sich nur zu stark herabgesetzten Preisen, und sogar auch so nur schwer, vermiethen; der Geschäftsbetrieb des G. in seinem Hause ist völlig unthunlich geworden. Durch die Enge der Straße wird das Auf- und Abladen musikalischer Instrumente wesentlich erschwert und bei größeren amerikanischen Flügeln, welche eine Hauptbesonderheit des Geschäfts ausmachen, geradezu unmöglich. Das Erdgeschoß, worin ein großer Theil des Instrumentenlagers sich befand, ist kellerähnlich feucht und kalt geworden; die Instrumente quollen an und waren somit dem Verderben ausgesetzt; unter solchen Umständen sagten die Instrumentenfabriken von Ruf dem G. die ihm sonst gern und zahlreich gewährte Kundschaft auf. Um dieselbe nicht zu verlieren, war er genöthigt, für sein Geschäft andere Räume zu miethen, um so mehr, da die garstige Zugänglichkeit seines

Hauses das bessere Publicum auch vom Besuche seines Geschäftes zurückhielt. Durch alle diese Umstände ist der Werth des Hauses nach seiner Angabe von 120000 Mk. auf 30000 Mk. herabgedrückt.

Derartige übele Wirkungen des Dammbaues voraussehend, hatte G. in dem nach dem Enteignungsgesetze vom 11. Juni 1874 Tit. 3 unter 1 i. J. 1877 verhandelten Verfahren zu Feststellung des Planes Widerspruch gegen die Ausführung des Dammes erhoben, sofern ihm nicht wegen der daraus drohenden Nachtheile Entschädigung gewährt werde, und der Magistrat von Hannover hatte die Berücksichtigung seiner Ansprüche befürwortet. Indessen wurde er gemäß dem Gesetze in diesem Verfahren rechtskräftig zurück und mit den ihm etwa zuständigen Entschädigungsansprüchen in den Rechtsweg gewiesen.

Seine Ansprüche sondern sich, wie bereits angedeutet, in solche, welche durch den Bahnbetrieb begründet sind, und in solche, welche aus der Anlage des Bahndammes auf dem nördlichen Theile der Hansenstraße entspringen.

Gemäß einer gewiß richtigen Entscheidung des Reichsgerichtes,[48]) welche nicht ohne Nachfolge geblieben ist,[49]) kann, entgegen der früher herrschenden Ansicht,[50]) der Grundeigenthümer mittels der negatoria in rem actio auch gegen einen die Benutzbarkeit seines Grundstücks beeinträchtigenden Lärm sich wehren, der durch gewerblichen Betrieb auf

48) Entscheidungen Bd. 6 Nr. 61 = Seufferts Archiv XXXVIII, 7 (1. Civilsenat 1882).

49) Seufferts Archiv XLIV, 6 Nr. I und II (OLG. Braunschweig 16. März und 6. Juli 1888). S. auch Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1 §. 169 7. Aufl. N. 20. Dernburg Pandekten Bd. 1 §. 199 N. 9 3. Aufl.

50) S. z. B. Seufferts Archiv XII, 123 (OAG. Dresden 1857).

dem Nachbargrundstücke erregt wird. Schon länger ist die negatoria zugelassen worden gegen die Erschütterung, welche ein Grundstück durch einen gewerblichen Betrieb auf einem benachbarten Grundstücke erleidet, sofern diese entweder die Unversehrtheit des Gebäudes gefährdet [51]) oder auch nur dessen Brauchbarkeit vermindert; [52]) und unbestreitbar ist die Anwendbarkeit jener Klage zum Schutze gegen das Hinüberfliegen von Staub, Rauch und Feuerfunken, sofern dasselbe über dasjenige Maß hinausgeht, welches im nachbarlichen Beisammenleben nicht füglich zu vermeiden ist. [53])

Ist freilich dieser Betrieb einerseits für das allgemeine Bedürfniß unerläßlich, anderseits ohne widerrechtlichen Eingriff in fremdes Eigenthum nicht ausführbar, so wird die Verurtheilung des Betriebsunternehmers nicht, wie es sonst bei der negatoria geschieht, auf Unterlassung jenes Eingriffs lauten können: sie muß vielmehr auf Entschädigung des Klägers für Entwerthung seines Eigenthums gehen. [54])

Nach der zwar nicht allgemein angenommenen, aber gewiß quellenmäßigen Ansicht läßt sich indessen mittels der negatoria in rem actio Ersatz nur für denjenigen Schaden erreichen, der entweder durch Verschulden des Beklagten veranlaßt worden [55]) oder im Laufe des Rechtsstreits er-

51) So die Entscheidungen in Seufferts Archiv XII, 124 (OHG. Mannheim 1857) = Koch Deutschlands Eisenbahnen Abth. 2 Anl. XXXIIa S. 345 f.; Seuffert XXXV, 99 (OTrib. 1879); Koch a. a. O. Abth. 2 Anl. XXXIIb S. 346 ff. (OAG. Dresden 1857).

52) Seufferts Archiv XXVII, 208 (OAG. Berlin 1872).

53) L. 8 §§. 5—7 D. si serv. 8, 5. Koch a. a. O. Abth. 1 S. 142 N. 12 unter a.

54) Vgl. Seufferts Archiv XIV, 208 (OAG. München 1861); Koch a. a. O. Abth. 1 S. 145 N. 13 unter 4.

55) Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1 §. 198 zu N. 5.

wachsen ist.[56]) Für allen andern Schaden kann der Beschädigte nur dann Ersatz verlangen, wenn er sich solchen mittels der cautio damni infecti ausbedungen hat.[57])

Demgemäß ging denn auch G. vor. Noch ehe die beiden Eisenbahndämme fertig gestellt worden waren, und der regelmäßige Bahnbetrieb auf ihnen eröffnet wurde, erhob er im April 1878 beim Obergerichte Hannover Klage gegen die Direction der hannoverschen Staatsbahn dahin, daß diese auf ihre Kosten verurtheilt werde, ihm Ersatz alles desjenigen Schadens zu versprechen, welcher ihm aus der Aufführung des erhöhten Dammes längs der Hansenstraße und aus dessen Benutzung zum Eisenbahnbetriebe erwachsen werde. Diese Klage wurde rechtskräftig abgewiesen. Das Appellationsgericht Celle als zweite Instanz hielt sie deshalb für unzulässig, weil der Grundeigenthümer cautio damni infecti nur da fordern könne, wo er ein begründetes und erworbenes Recht auf Abwendung eines seinem Grundstücke drohenden positiven Schadens habe, während nach den eignen Behauptungen des Klägers es sich einerseits nur um die Entziehung von Vortheilen handele, welche ihm die frühere Gestaltung der örtlichen Verhältnisse thatsächlich gewährt habe,[58]) anderseits aber nicht erhelle, ob die Belästigung durch den Bahnbetrieb über dasjenige Maß hinausgehe, welches die Anwohner einer Eisenbahn ertragen müssen, „wenn der gewöhnliche und nothwendige Verkehr, den das Zusammenleben der Menschen mit sich bringt, fortbestehen" solle.[59]) Die vom Kläger erst in der

56) Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39 und 40. Thl. 2 S. 239.

57) Windscheid a. a. O. Bd. 1 §. 169 Nr. 8. Burckhard a. a. O. S. 240 ff.

58) Dieser auf die Errichtung des Dammes bezügliche Entscheidungsgrund ist völlig zutreffend. S. oben zu N. 44a.

59) Selbst wenn im gegebenen Falle ein Zweifel darüber

mündlichen Verhandlung vorgebrachte Behauptung, infolge des Bahnbetriebes seien während des Rechtsstreites Risse in seinem Hause entstanden, dürfe im gegenwärtigen Verfahren keine Beachtung finden, weil sie die Grundlage der Klage verlasse und diese obendrein in unzulässiger Weise auf Ansprüche stütze, „die ihm erst nach der Klagerhebung erwachsen sein würden." Denn es gehöre „nothwendig zur Entstehung der behaupteten Cautionsforderung in der Person des Klägers, daß die wesentlichen thatsächlichen Voraussetzungen dieser Forderung, im vorliegenden Falle die geschehene schadendrohende Einwirkung auf die körperliche Consistenz des klägerischen Hauses, bereits eingetreten waren, [60]) und

statthaft gewesen wäre, ob nach den Grundsätzen des Nachbarrechtes G. die Belästigung seines Grundstücks durch den Bahnbetrieb in vollem Umfange zu dulden habe, so hätte doch sein Verlangen nach der cautio damni infecti als genügend begründet gelten müssen, insofern seine Angabe, jene Belästigung gehe über das zulässige Maß hinaus, in keiner Weise als chicanös erschien. Jedenfalls gehörte es durchaus nicht zu den Voraussetzungen der begehrten Caution, daß der erwähnte Zweifel vor ihrer Bestellung beseitigt wurde; und somit bedurfte es keiner in das Einzelne eingehenden Behauptungen des Klägers in dieser Richtung. Hätte die Bahnverwaltung ihm Ersatz desjenigen Schadens versprochen, der ihm aus einer das erlaubte Maß übersteigenden Einwirkung des Bahnbetriebes auf sein Haus erwachsen werde, so würde die Entscheidung darüber, ob eine bestimmte schädigende Einwirkung des Betriebes jenes Maß wirklich übersteige, immer noch rechtzeitig dann erfolgt sein, wenn die Bahnverwaltung gegenüber der Ersatzklage aus der Caution dies geleugnet haben sollte.

60) Vermuthlich wollte das Gericht sagen, daß die cautio damni infecti nur gefordert werden dürfe, wenn Thatsachen vorliegen, welche eine Schädigung mit Grund besorgen lassen; daß „die geschehene schadendrohende

dieſes hätte bekannten Regeln zufolge ſchon zur Zeit der Klagerhebung geſchehen ſein müſſen."

Im December 1879, kurz vor Fertigſtellung beider Bahndämme und bevor auf dem ſeinem Hauſe zunächſt gelegenen der Betrieb der Hannover-Altenbekener Eiſenbahngeſellſchaft begann, erhob G. bei dem, inzwiſchen an die Stelle des Obergerichtes getretenen, Landgerichte Hannover eine neue Klage gegen die Verwaltungen beider betheiligten Bahnen. Dieſe Klage umfaßte ſämmtliche Anſprüche, welche dem Kläger nach den dargeſtellten Grundſätzen des interdictum Ne quid in loco publico fiat, der negatoria in rem actio und der cautio damni infecti zuſtanden. Mittels des Interdicts begehrte er Erſatz aller Nachtheile, die ihm

Einwirkung bereits eingetreten" ſein müſſe, iſt jedoch ſchwerlich der Ausdruck eines klaren Gedanken. Im gegegebenen Falle hatte Kläger als gefahrdrohend u. a. auch die erheblichen Erſchütterungen bezeichnet, welche ſein Haus durch den Bahnbetrieb erleide; man ſollte alſo denken, daß in dem Vorbringen, infolge dieſer Erſchütterungen habe das Haus im Laufe des Proceſſes wirklich Riſſe bekommen, nichts weniger liege, als eine unſtatthafte Klagänderung, vielmehr lediglich die Ausführung davon, daß die in der Klagbehauptung ausgeſprochene Beſorgniß in der That begründet ſei. Gemäß dieſer Entſcheidung würde es für den Anſpruch auf eine cautio damni infecti nicht genügen, auf das gefahrdrohende Verhältniß hinzuweiſen; man müßte im voraus auch die Art der Beſchädigung bezeichnen, welche daraus erwachſen kann. Das aber iſt nicht nur oft ganz unmöglich, ſondern in jedem Falle ebenſo zwecklos, wie es im Widerſpruche ſteht mit den quellenmäßigen Formeln der Caution. S. Lenel edictum perpetuum §. 292 S. 433 f. Die Caution ſoll eben Erſatz eines jeden Schadens zuſichern, den der gefährdende Umſtand überhaupt verurſachen wird: quod — damnum factum (datum) erit.

durch Aufführung des Bahndammes der Hannover-Altenbekener Eisenbahngesellschaft auf dem Boden der Hansenstraße zugefügt worden seien; mittels der negatoria Ersatz desjenigen Schadens, der ihm durch die aus dem Bahnbetriebe sich ergebenden Eingriffe in sein Eigenthum erwachsen sei und (im gegenwärtigen Rechtsstreite nachweisbar) noch erwachsen werde; die Caution endlich sollte ihm bis zur Höhe von 9000 Mk. Entschädigung zusichern für alle infolge des Bahnbetriebes auf den Bahndämmen sein Haus zukünftig bedrohenden Beschädigungen, namentlich für das Reißen der Wände.

Aber auch diesmal wurde er mit allen seinen Ansprüchen in beiden Instanzen abgewiesen.

Das letztinstanzliche Urtheil, gesprochen vom Oberlandesgerichte Celle, wies in Uebereinstimmung mit der Entscheidung des Landgerichts den Klaganspruch endgültig ab, soweit er sich auf das interdictum Ne quid in loco publico fiat gründet. Nach l. 2 §. 16 i. f. D. h. t. falle jeder Anspruch des durch eine Anlage in loco publico Geschädigten fort, wenn die Staatsregierung in Kenntniß der ihm daraus bevorstehenden Nachtheile gleichwohl die Genehmigung zu jener Anlage gebe. Und eben dies sei in vorliegendem Falle geschehen, indem die Landdrostei Hannover am 28. Januar 1878 ihre Entscheidung dahin ertheilt habe, sie finde in den aus der Ausführung des Bahndammes etwa erwachsenden Vermögensbeschädigungen Einzelner keinen Grund, die im weit überwiegenden öffentlichen Verkehrsinteresse gebotene und in andrer Weise nicht zu bewerkstelligende Einführung der Altenbekener Bahn in den Staatsbahnhof zu beanstanden. Wenn dabei „etwaige, im gegenwärtigen Verfahren nicht zu prüfende Entschädigungsansprüche“ des Klägers vorbehalten seien, so haben durch diese Bemerkung, welche gerade dahin gegangen sei, daß über solche etwaige Ansprüche zur Zeit nichts bestimmt

werden sollte, neue Rechte dem Kläger nicht in constitutiver Weise gegeben werden können; vielmehr sei aus jener Erklärung nur zu entnehmen, daß über solche Ansprüche, welche dem Kläger, abgesehen von dem durch die Concessionsertheilung beseitigten interdictum Ne quid in loco publico fiat, etwa zustehen möchten, überhaupt nichts Positives damals habe bestimmt werden sollen.

Die thatsächlichen Vorgänge, auf welche Kläger seine Entschädigungsansprüche mittels der negatoria gründe, lassen sich von vornherein nur theilweis als widerrechtliche Eingriffe in sein Eigenthum ansehen. Nicht dahin gehöre die Errichtung des Eisenbahndammes, der einem Theile des klägerischen Hauses das Licht entzogen, auch die Luft zum Nachtheile des Hauses dicht und feucht gemacht haben solle; ebenso wenig die Unannehmlichkeit und Geschäftsstörung infolge des Getöses, welches die vorbeifahrenden Züge erregen; die dadurch entstehende vorübergehende Erschütterung des Hauses, die gegenwärtig beschränktere Zugänglichkeit desselben. Denn in Ermangelung eines besondern für das klägerische Haus erworbenen Verbietungsrechtes enthalten Anlagen und sonstige Handlungen, welche auf dem angrenzenden oder in der Nähe belegenen Terrain, sei es von dessen Eigenthümer oder kraft regimineller Concession, vorgenommen werden, ohne die Substanz des klägerischen Hauses zu afficiren, keine Verletzung des klägerischen Eigenthumsrechtes. Dagegen sei eine solche Verletzung allerdings darin zu finden, wenn die durch das Befahren des Dammes bewirkte Erschütterung des Erdbodens Risse in dem Hause erzeugt habe. Ob die durch den Eisenbahnverkehr verursachte Immission von Rauch und Staub in das klägerische Grundstück das Maß des Erträglichen überstiegen habe, welches als unvermeidliche Folge des menschlichen Zusammenlebens hingenommen werden müsse, würde eventuell durch Beweisführung näher aufzuklären und dann vielleicht zu

bejahen ſein, wenn infolge ſolcher Immiſſionen das Oeffnen der Fenſter abſolut unthunlich, und damit das Haus theilweis unbewohnbar gemacht ſein ſollte. Nicht ohne Grund jedoch haben die Vorderrichter bezüglich jener ſchädigenden Einwirkungen, ſoweit dieſelben überhaupt erheblich ſeien, die hinreichende thatſächliche Subſtanziirung im Vertrage des Klägers vermißt, und dieſem Mangel habe er auch gegenwärtig nicht in dem Maße abgeholfen, daß eine Beweisaufnahme über die, eine principale Schadensforderung verfolgende, Klage in genügend beſtimmter Richtung darnach verfügt werden könnte. Wenn der Kläger jetzt behaupte, es ſei ihm durch jede einzelne in der Klage aufgeführte Einwirkung der Bahnanlage und des Bahnbetriebes ein Schaden durch Entwerthung des Hauſes zum Betrage von 90000 Mk. erwachſen, ſo ſtehe das einestheils im Widerſpruch mit ſeiner frühern Darſtellung, wornach ein Minderwerth zu der genannten Summe erſt die Folge des vereinigten Zuſammentreffens aller jener Einwirkungen geweſen ſein ſolle; anderntheils ſei auch jetzt der thatſächliche Zuſammenhang nicht näher erſichtlich gemacht, infolge deſſen die im Hauſe des Klägers entſtandenen, möglicherweiſe wieder abzuſtellenden, Riſſe und die bis zur Klagbehändigung vorgefallenen Immiſſionen von Rauch und Staub die behauptete Entwerthung des Hauſes als einen zu capitaliſirenden Schaden von je 90000 Mk. nach ſich gezogen haben ſollen. Bezüglich derjenigen Entſchädigungsſummen, die der Kläger wegen Ausziehens ſeiner Miether, wegen Verluſte und Ausgaben an ſeinem Geſchäfte beanſpruche, ſeien die erſtinſtanzlichen Behauptungen, ſoviel eine Zurückführung dieſer Schäden auf die beiden genannten Einwirkungen anlange, überhaupt nicht näher präciſirt, jene Behauptungen aber unmöglich dahin zu verſtehen, daß alle Miether allein ſchon wegen der in dem Hauſe entſtandenen Riſſe und wegen der fraglichen Immiſſionen das Haus ver-

lassen, und daß die sämmtlichen geschäftlichen Einbußen und Aufwendungen allein schon in diesen beiden Einwirkungen ihren Entstehungsgrund gehabt haben; vielmehr sei in letzterer Beziehung die verlorene Brauchbarkeit des Hauses zum Betriebe des klägerischen Geschäftes vorzugsweise auf solche Ursachen zurückgeführt worden, wegen welcher die negatorische Klage nicht erhoben werden könne (Enge der Straße, feuchte, kalte Luft, Getöse, Schlechtigkeit des Zugangs). Hiernach gereiche dem Kläger auch die Abweisung dieser Klage nicht zur Beschwerde.

Die Forderung der cautio damni infecti endlich sei vom Landgerichte zutreffend deshalb zurückgewiesen worden, weil diese wegen ihrer Subsidiarität nach l. 18 §. 2 und l. 32 D. de damno inf. 39, 2 dann cessire, wenn das nämliche Object, welches sie verfolge, nämlich Ersatz des künftigen Schadens, nach Eintritt desselben mit einer andern Klage verlangt werden könne, wozu im vorliegenden Falle, die widerrechtlichen und schadenbringenden Einwirkungen auf die Substanz des klägerischen Hauses anlangend, die negatorische Klage gegeben sein würde.

Es kann hier nicht die Aufgabe sein, zu untersuchen, ob nicht ungeachtet der Zurückweisung der Ansprüche aus dem interdictum Ne quid in loco publico fiat auf Grund des klägerischen Vorbringens in dem angestellten Verfahren eine Beweisaufnahme darüber statthaft gewesen wäre, ob und zu welchem Betrage etwa eine Werthminderung des klägerischen Grundstücks infolge derjenigen Einwirkungen des Bahnbetriebs eingetreten sei, die das Urtheil als widerrechtliche Eingriffe in des Klägers Eigenthum anerkennt. Denn in dieser Beziehung liegt nur eine Abweisung der Klage in angebrachter Form vor, sodaß dem Kläger die Möglichkeit unbenommen bleibt, wegen jener Einwirkungen eine neue Klage zu erheben. Hinsichtlich der Beurtheilung aber der Frage, ob und wieweit Kläger die Unannehmlich-

keit und Geſchäftsſtörung zu dulden habe, welche ihm der Bahnbetrieb durch Getöſe und Erſchütterung ſeines Hauſes verurſacht, wird es genügen, auf das oben Geſagte zu verweiſen. [61]) Und ebenſo wenig wollen wir hier das Verhältniß zwiſchen der cautio damni infecti und der actio negatoria erörtern: würde doch wenigſtens ſolange, als das letztinſtanzlich entſcheidende Gericht die Auffaſſung des mitgetheilten Erkenntniſſes befolgt, dem Kläger der Erſatz des Schadens, welchen ihm der Bahnbetrieb durch Riſſigmachen ſeines Hauſes zufügen ſollte, auch mittels der negatoria gewährt werden. Der Schwerpunct der Entſcheidung liegt unverkennbar in dem, was ſie über das interdictum Ne quid in loco publico fiat ſagt.

Es iſt völlig richtig, daß die Landdroſtei Hannover in ihrer Entſcheidung vom 28. Januar 1878 vermöge des Vorbehaltes etwaiger Entſchädigungsanſprüche dem Kläger neue Rechte in conſtitutiver Weiſe nicht gegeben hat, — aber ſie hat dies keineswegs deshalb nicht gethan, weil ſie über ſolche Anſprüche nichts Poſitives beſtimmen wollte, — vielmehr weſentlich deshalb nicht, weil ſie überhaupt nicht zuſtändig war, derartige Anſprüche zu gewähren: ſie würde es m. a. W. auch dann nicht gekonnt haben, wenn ſie es gewollt hätte; ihr ſtand lediglich die Feſtſtellung des Bauplanes im Einzelnen zu. War doch das Unternehmen, zu dem fremdes Grundeigenthum in Anſpruch genommen werden mußte, im Ganzen bereits durch die dazu erforderliche königliche Verordnung genehmigt worden. In dem Augenblicke aber, als dieſe erging, war es noch völlig ungewiß, wer infolge der Ausführung des Unternehmens geſchädigt werden würde, mithin konnte füglich auch kein Vorbehalt ſtattfinden, welcher Entſchädigung für eine beſondere Art der Schädigung vorſchrieb. Wir ſind alſo in der

61) S. S. 246 f.

That vor die ernste Frage gestellt, ob wir den in l. 2 §. 16 D. h. t. ausgesprochenen Grundsatz der Billigkeit ohne Ausgleich fallen lassen dürfen, oder ob wir nicht vielmehr in der allgemeinen Genehmigung des Landesherrn zu einem Unternehmen, welches möglicherweise Einzelnen die bisher aus loca publica gewährten Vortheile entzieht, den Vorbehalt der Entschädigung dafür als selbstverständlich ergänzen müssen. M. E. kann angesichts des dargestellten Falles die Entscheidung nicht schwer fallen.

Es mag an dieser Stelle noch ein Bedenken gegen die hier verfochtene Ansicht zurückgewiesen werden, welches einer bisher nicht erwähnten Aeußerung des besprochenen Erkenntnisses entnommen werden könnte. In der mündlichen Verhandlung hatte Kläger die von ihm erhobenen Schadensansprüche unmittelbar aus §. 14 des preußischen Enteignungsgesetzes v. 11. Juni 1874 herzuleiten versucht.[62]) Mit vollem Rechte lehnt das Erkenntniß diese Herleitung ab, fügt dann aber als vorzugsweis entscheidenden Grund gegen dieselbe an, daß jenes Gesetz in §§. 8 und 9, „wie wenigstens den landständischen Verhandlungen nach anzunehmen (vgl. Siegfried, das neue preußische Expropriationsgesetz S. 47 i. f. f.) im Falle blos theilweiser Enteignung eines Grundstücks dem Expropriaten als Minderwerth des ihm verbleibenden Restes nur den durch die Abtretung des enteigneten Theils, nicht auch den durch die demnächstige Verwendung dieses Theils zu den Zwecken des Expropriaten entstandenen Minderwerth des übrigen

62) §. 14 cit lautet: „Der Unternehmer ist zugleich zur Einrichtung derjenigen Anlagen an Wegen, Ueberfahrten, Triften, Einfriedigungen, Bewässerungs- und Vorfluthsanstalten u. s. w. verpflichtet, welche für die benachbarten Grundstücke oder im öffentlichen Interesse zur Sicherung gegen Gefahren und Nachtheile nothwendig werden" u. s. w.

nicht enteigneten Grundbesitzes im Expropriationswege" zuspreche, „also z. B. nicht den Schaden aus der Entwerthung, welche sein nicht mit enteignetes Gebäude durch die in der Nähe desselben geschehene Errichtung eines Eisenbahndammes" erfahre. Unmöglich aber könne man dem bloßen Adjacenten einer Eisenbahn, welchem, wie dem G. im besprochenem Falle, nicht expropriirt ist, wegen des lediglich aus dem Bau des Bahndammes für seinen angrenzenden Grundbesitz entstandenen Schadens auf Grund des Expropriationsgesetzes größere Ersatzansprüche beilegen, als demjenigen, welcher durch den in dem Enteignungsacte liegenden zwangsweisen Verkauf eines Theils seines Grundstückes in ein obligatorisches Verhältniß zu dem Exproprianten getreten ist. — Wennschon die gezogene Schlußfolgerung ausdrücklich nur die Herleitung eines Ersatzanspruchs für G. aus dem Enteignungsgesetze zurückweiset, so würde sie doch, wenn sie richtig wäre, zugleich einen sehr gewichtigen Beweisgrund wider die von uns betonte Anforderung der Billigkeit ergeben. Allein schwerlich darf ihr Untersatz als haltbar gelten, nämlich die angenommene Auffassung des Enteignungsgesetzes. Steht es bei der Enteignung des Theiles eines Grundstückes bereits fest, daß auf diesem Theile eine Anlage ausgeführt werden soll, welche die Benutzbarkeit des nicht enteigneten Theiles beeinträchtigt, z. B. ein Eisenbahndamm, so ist nach richtiger Auffassung als „Minderwerth, welcher für den übrigen Grundbesitz durch die Abtretung entsteht" (Ges. v. 11. Juni 1874 §. 8 Abs. 2 a. E.), auch aller derjenige Nachtheil zu ersetzen, der aus jener Anlage für den Rest des Grundstücks voraussichtlich erwachsen wird, insbesondere z. B. auch dadurch, daß ihm der beabsichtigte Damm Licht und Luft entzieht. Denn auch dieser Nachtheil ist Folge der Abtretung: ohne dieselbe würde er sich jene Beeinträchtigung

nicht gefallen zu lassen brauchen.[63]) Nun kommt es freilich nicht selten vor, und gerade auch bei der Enteignung zwecks des Baus einer Eisenbahn, daß zunächst auf dem enteigneten Theile eines Grundstücks eine Anlage nicht geplant ist, welche den Rest dieses Grundstücks entwerthen würde. Allein es springt in die Augen, daß eine Entwerthung schon in der Möglichkeit einer derartigen Anlage liegt, die nunmehr lediglich vom Belieben des Enteignenden abhängt: vermag doch der Enteignete Widerspruch ihr nur dann erfolgreich entgegenzusetzen, wenn er sich durch Vorbehalt einer negativen Servitut gesichert hat. Infolge hiervon erleidet unter übrigens gleichbleibenden Verhältnissen das Restgrundstück mit Nothwendigkeit eine mehr oder minder erhebliche Preisminderung. Und eben diese Preisminderung muß nach Abschätzung Sachverständiger dem Enteigneten außer dem Werthe des enteigneten Stückes ersetzt werden.[64])

Wir glauben also, unsern Satz aufrecht halten zu dürfen, daß in der Genehmigung für einen Einzelnen,[65]) einen locus publicus in publico usu in einer den publicus

63) Vgl. Dernburg Lehrbuch des Preußischen Privatrechts Bd. 1 3. Aufl. §. 34 N. 20 S. 69 f.

64) Genau ebenso verhält es sich hinsichtlich der nachtheiligen Einwirkungen des Geschäftsbetriebes auf dem enteigneten Theile des Grundstückes, und zwar selbst dann, wenn sie nach Nachbarrecht ertragen werden müßten. Denn ohne die Enteignung eines Theiles seines Grundstücks wäre der Enteignete eben nicht Nachbar, sondern Eigenthümer der Stelle, von der sie ausgehen, und könnte als solcher sie verhindern. Vgl. Dernburg a. a. O. Dalcke das Gesetz über die Enteignung von Grundeigenthum vom 11. Juni 1874. Berlin 1874. S. 60 f. N. 22.

65) S. über diesen Begriff in gegenwärtigem Zusammenhange oben Buch 43 Titel 7 Ziffer 12 zu N. 61 S. 190.

usus beeinträchtigenden Weise zu benutzen, selbstverständlich die Auflage enthalten ist, die dadurch hinsichtlich ihres bisherigen Vortheils aus dem publicus locus Geschädigten zu entschädigen.

Gegenüber dem Gemeinwesen selbst, dem ein dem Gemeingebrauche unterliegender Platz gehört, besteht freilich ein rechtlicher Anspruch auf Entschädigung in keinem Falle, in welchem dieses Gemeinwesen in eigenem Interesse jenen Gemeingebrauch ändert, schmälert oder ganz aufhebt. Und nicht einmal das Gefühl der Billigkeit erhebt eine solche Anforderung, sofern dies des Gemeinwohls halber geschieht. Anders dagegen, wenn das bisher dem Gemeingebrauche dienende Grundstück in werbendes Vermögen des Staates oder der Gemeinde umgewandelt wird. [66]) Es würde dem gemeinen Rechtssinne schwer begreiflich sein, weshalb z. B. eine Privatgesellschaft die Anlieger entschädigen muß, wenn sie auf einer Staatschaussee eine Secundärbahn anlegt, nicht aber der Staat selbst, wenn er das Nämliche thut. Demnach dürfte es sich dringend empfehlen, bei dem maßgebenden Beschlusse jener Umwandlung zugleich die volle Entschädigung aller Einzelnen zu verfügen, welche durch die Umwandlung des locus in publico usu die thatsächlich aus letzterm bisher ihnen gewährten Vortheile verlieren.

II. Das interdictum Ne quid in via publica itinereve publico fiat immittatur, quo ea via idve iter deterius sit fiat. [66a])

5. Auf dieses Interdict bezieht sich l. 2 cit. §§. 20—35 D. h. t.

66) S. oben Titel 7 Ziffer 12 zu N. 60 S. 190.

66a) Zu diesem und dem entsprechenden restitutorischen Interdicte: Unterholzner Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2 §. 402 S. 189—191. Heimbach im Rechts-

L. 2 §. 20 cit. giebt ſeinen Wortlaut:

Ait praetor: In via publica itinereve publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat, veto.

Das Interdict verbietet demnach, einen öffentlichen Weg dadurch zu ſchädigen, daß Veränderungen an ſeinem Grunde und Boden, namentlich durch Anlagen auf ihm, vorgenommen (facere), Sachen oder Stoffe ihm zugeführt werden (immittere).[66b])

Der Edictscommentar Ulpians in der Ueberlieferung der Pandekten Juſtinians giebt in den drei folgenden Paragraphen (21—23) Eintheilungen der Wege in öffentliche und in private in mehrfachem Sinne. Indem wir im übrigen auf unſere Beſprechung dieſer Eintheilungen zu Titel 7 Ziffer 13 S. 204 ff. verweiſen, müſſen wir hier betonen, daß im Sinne unſeres Interdicts, ſowie des entſprechenden reſtitutoriſchen, als via publica und iter publicum ein ſolcher Weg gilt, welcher rechtlich dem Gemeingebrauche unterliegt, gleichviel ob das Eigenthum des Bodens dem Staate, einer Gemeinde oder Einzelnen zuſteht. Dies ergiebt ſich daraus, daß Ulpian im Zuſammenhange ſeiner Erörterung unſers Interdictes auch diejenigen auf privatem Boden laufenden Wege für viae publicae erklärt, welche rechtlich dem Gemeingebrauche unterliegen.[67]) Und da unſer Interdict eben nur den Schutz des Gemeingebrauchs an Wegen bezweckt, ſo erſcheint ſeine Anwendung auf alle dem Gemeingebrauche beſtimmten Wege als ſeinem Zwecke durchaus angemeſſen: für den Inhalt des Gemein-

lexikon Bd. 5 S. 593—595. Reinhard im Archiv für die Civil. Praxis Bd. 32 S. 208—211.

66b) Vgl. oben Ziffer 3 zu N. 32b S. 231.

67) L. 2 cit. §. 23 i. f. — Vgl. auch Seufferts Archiv Bd. V Nr. 3 (OAG. Lübeck 1851). Bd. XIX Nr. 235 (OAG. Kiel 1865).

gebrauches als solchen ist die Frage nach dem Eigenthümer des Grundes und Bodens, woran jener Gebrauch stattfindet, völlig unerheblich.

L. 2 cit. §. 24 bemerkt, daß unser Interdict sich nur auf öffentliche Wege außerhalb einer Stadt beziehe, nicht auch auf solche innerhalb einer Stadt: die Fürsorge für die letzteren liege ausschließlich den Beamten von Amtswegen ob.

Hoc interdictum tantum ad vias rusticas pertinet, ad urbicas vero non: harum enim cura pertinet ad magistratus.

Ueber die mit dieser Fürsorge betrauten Beamten und deren Aufgabe handelt der zehnte Titel des 43. Buchs.

Indessen weiset Ulpian sogleich darauf hin, daß auch bei öffentlichen Wegen außerhalb der Stadt die Fürsorge der Beamten nicht fehle: sie schreiten namentlich dann ein, wenn infolge einer Anlage ein solcher Weg für den Verkehr unbenutzbar gemacht oder verengert worden ist.

L. 2 cit. §. 25:

Si viae publicae exemptus commeatus sit, vel via coartata, interveniunt magistratus. [67a])

Auf viae urbicae bezogen, würden diese Worte eine unerträgliche Plattheit enthalten, die ohne zwingenden Grund auch dem vielschreibenden Commentator Ulpian nicht aufgebürdet werden darf. Obendrein aber würden die aufgeführten Beispiele recht schwerer Schädigung des Verkehres, von städtischen Straßen verstanden, die irrige Schlußfolgerung nahelegen, als ob bei geringerer Schädigung solcher Straßen die Beamten nicht einschritten.

Hieraus ergiebt sich die Fehlsamkeit der Behauptung,

67a) Die Glosse liefet den Eingang des §. 25 so: quia scilicet si viae publicae etc., mithin als Beispiel zu der in §. 24 erwähnten Fürsorge der Magistrate.

daß unſer Interdict aus dem Grunde überhaupt nicht mehr anwendbar ſei, weil einerſeits Popularklagen uns unbekannt, anderſeits heute auch die nichtſtädtiſchen öffentlichen Wege der Obhut beſonderer Behörden anvertraut ſeien, und es folgeweiſe Sache der Verwaltung, nicht der Gerichte ſei, die öffentlichen Intereſſen dabei wahrzunehmen.[67b]) Freilich ſind die römiſchen Popularklagen als ſolche dem heutigen Rechte fremd, d. h. ſoweit dieſelben öffentliche Intereſſen zu ſchützen beſtimmt waren; allein ſie gelten, ſoweit ein perſönliches Intereſſe des Klägers in Frage ſteht.[67c]) Und es iſt kein Grund erſichtlich, weshalb gerade unſer Interdict hiervon eine Ausnahme bilden ſollte. Hat das Edict ungeachtet der Thatſache, daß es auch im römiſchen Reiche Beamte gab, denen es oblag, im Verwaltungsverfahren den Zuſtand der öffentlichen Wege außerhalb der Städte zu ſchützen, für dieſe Wege das interdictum Ne quid in via publica fiat als Popularinterdict aufgeſtellt, ſo wird jener Rechtsbehelf unbedenklich als Privatklage bei uns weiter gelten dürfen. Liegt es doch im Weſen der Verhältniſſe, daß der obrigkeitliche Schutz für öffentliche Wege innerhalb der Städte deshalb nicht blos weit raſcher, ſondern auch weit ſicherer erwartet werden darf, weil einerſeits die mit ihm betrauten Behörden ortsanweſend ſind, anderſeits jede Schädigung der ſtädtiſchen Wege viel allgemeiner empfunden wird, als ſelbſt eine viel ſchlimmere Schädigung der öffentlichen Wege außerhalb der Stadt. Eben deshalb ſcheint es irrig, mit dem S. 231 ff. beſprochenen Erkenntniſſe des Oberlandesgerichts Celle umgekehrt unſer Interdict aus dem Grunde auch auf ſtädtiſche Straßen anzu-

67b) So das Erkenntniß des OG. Wolfenbüttel v. J. 1869 bei Seuffert Arch. Bd. XXIX Nr. 140.

67c) Vgl. Thl. 2 dieſer Serie §. 1840a Ziffer 132 S. 531 ff.

wenden,[67a]) weil die Ausschließung seiner Anwendung von diesen im römischen Rechte auf polizeilichen Einrichtungen beruht habe, „welche heutzutage, wo einen Gegenstand der obrigkeitlichen Officialfürsorge ebensogut die Wege außerhalb wie die innerhalb der Stadt bilden, keinen Unterschied mehr begründen können."

Die folgenden Paragraphen der l. 2 h. t. geben eine Reihe von Beispielen für ein interdictswidriges immittere und facere.

L. 2 cit. §. 26:

Si quis cloacam in viam publicam immitteret, exque ea re minus habilis via per cloacam[68]) fiat, teneri eum *Labeo* scribit: immisisse enim eum videri.

Die Einleitung einer Cloake in einen öffentlichen Weg unterliegt danach dem Interdicte, sofern das Eindringen der in der Cloake abgeführten Schmutzwasser und drgl. den Weg schädigt. Mittels unseres prohibitorischen Interdictes läßt sich für die Zukunft die Einführung der schädigenden Stoffe verbieten.

L. 2 cit. §. 27:

Proinde et si fossam quis in fundo suo fecerit, ut ibi aqua collecta in viam decurrat, hoc interdicto tenebitur: immissum enim habere etiam hunc videri.

67a) Jenes Erkenntniß redet allerdings vom interdictum Ne quid in loco publico fiat, welches es für das römische Recht fälschlich der in l. 2 §. 24 cit. ausgesprochenen Beschränkung auf außerstädtische Wege unterwirft. Wie ungeeignet solche Beschränkung gewesen sein würde, spricht es selbst sofort aus, indem es bemerkt, es sei ohne weiteres klar, „daß die (auf die städtische Straße) bezügliche officielle Amtsthätigkeit dem Kläger keinen Ersatz für die klagweise Geltendmachung der von ihm hier verfolgten Ansprüche zu gewähren vermag".

68) per cloacam *del.* M.

Ebenſo findet das prohibitoriſche Interdict ſtatt, wenn die Anlage eines Abwäſſerungsgrabens auf einem Privatgrundſtücke von dort das Waſſer auf den öffentlichen Weg führt.

Dagegen wollte Labeo das Interdict nicht gewähren gegen den Anlieger eines öffentlichen Weges, der durch Vorrichtungen auf ſeinem Grundſtücke verhindert, daß das auf dem Wege angeſammelte Waſſer, wie bisher, ablaufe: er bewirke ein interdictswidriges immittere nicht. Nerva jedoch ließ ihn ebenſo haften, wie den Anlieger, der von ſeinem Grundſtücke Waſſer auf den Weg leitet; und Ulpian billigt Nervas Anſicht.

L. 2 cit. §. 28 init.:

Idem *Labeo* scribit, si quis in suo ita aedificaverit, ut aqua in via collecta restagnet, non teneri eum interdicto, quia non immittat aquam, sed non recipit: *Nerva* autem melius scribit utrumque teneri.

Die Gloſſe bemerkt ad v. *utrumque*: id est immittentem et qui ita aedificat, ut aqua ibi collecta restagnet: et hoc casu cum distinctione . nam si ideo aedificat, quia prius ibi aqua incommodum afferebat, non tenetur . si autem libere prius per viam currebat aqua, nec damno isti erat, tenetur: sic infra *ne quid in flum. publ.* (43, 13) l. 1 §. *sunt* (6) et supra *de aqua pluv. arc.* (39, 3) l. 1 §. *sed et apud Servium* (6) et l. *in summa* (2) §. 1. sed M(artinus Gosia): faciebat vim, utrum contra antiquam formam aedificat, an non. Während alſo die unter den Gloſſatoren herrſchende Anſicht das Interdict nur dann zuließ, wenn ein Anlieger den ihm unſchädlichen Waſſerablauf verhinderte, erklärte Martinus dasſelbe für ſchlechthin anwendbar, ſobald Waſſer, welches bei dem frühern Zuſtande abgelaufen ſein würde, auf den öffentlichen Weg zurückgeſtaut wird. Nur dieſe Anſicht entſpricht der l. 2 §. 28 cit.:

in dem Zurückſtauen des Waſſers auf den Weg liegt ſtets ein immittere.

Nicht immer jedoch liegt ein interdictswidriges immittere des Anliegers ſchon darin, daß das von ſeinem Grundſtücke ablaufende Waſſer einen öffentlichen Weg ſchädigt. Iſt dies vielmehr Waſſer, welches der Anlieger ſelbſt von einem benachbarten Grundſtücke aufnehmen muß, ſo haftet nicht er dem Interdicte, ſondern der Eigenthümer des benachbarten Grundſtücks. Nur dann haftet nicht der Nachbar, ſondern der Anlieger, wenn Letzterer nicht verpflichtet iſt, jenes Waſſer aufzunehmen; indeſſen geht ſeine Haftung nur dahin, daß er gemäß der Anweiſung des Impetranten gegen den Nachbarn auf Unterlaſſung der unbefugten Waſſerzuleitung klage. Hätte der Anlieger bereits vor Erlaß des Interdictes gegen ihn ſelbſt den Nachbarn wegen dieſer Waſſerzuleitung belangt, jedoch nicht erreicht, daß der öffentliche Weg infolge derſelben nicht mehr geſchädigt werde, ſo haftet er ihretwegen aus dem Interdicte nicht.

L. 2 §. 28 cit. i. f.:

plane si fundus viam publicam contingat, et ex eo aqua derivata deteriorem viam faciat, quae tamen aqua ex vicini fundo in tuum veniat: si quidem necesse habeas eam aquam recipere, interdictum locum habebit adversus vicinum tuum: si autem necesse non sit, non teneri vicinum tuum, te tamen teneri: eum enim videri factum habere, qui usum eius aquae habeat . idem *Nerva* scribit, si tecum interdicto agatur, nihil ultra te facere cogendum, quam ut arbitratu eius, qui tecum experitur, cum vicino experiaris: ceterum aliter observantibus futurum, ut tenearis etiam, si iam bona fide cum vicino egeris, neque per te stet, quo minus arbitratu actoris cum vicino experiaris.

Der Grund der Haftung liegt in der Zuleitung des

Waſſers auf den Weg; für dieſe jedoch kann nur derjenige verantwortlich gemacht werden, der die Befugniß hat, das Waſſer anders zu leiten. Dieſe Befugniß iſt in der Lesart der Florentina einigermaßen ungewöhnlich als usus eius aquae bezeichnet; Mommſen ſchlägt ſtatt deſſen vor: ius eius aquae; über den Sinn kann ein Zweifel nicht obwalten.

Als interdictswidrige Schädigung gilt es auch, wenn der öffentliche Weg durch üble Gerüche verpeſtet wird.

L. 2 cit. §. 29:

Idem (sc. *Nerva*) ait, si odore solo locus pestilentiosus fiat, non esse abs re de re ea interdicto uti.

In dieſem Ausſpruche müſſen wir mit Windſcheid[69]) einen bedeutenden Beweisgrund dafür erblicken, daß auch der Private widrige Gerüche nicht zu dulden braucht, die ihm vom Nachbargrundſtücke zugeführt werden, und zwar deshalb nicht, weil ſie eine unerlaubte Immiſſion bilden. Denn unſere Stelle beſchränkt ihre Entſcheidung durchaus nicht auf den Fall, daß die böſen Gerüche auf dem öffentlichen Wege ſelbſt erzeugt werden.[70]) Nur in dieſem Falle aber kann es ſich um ein interdictswidriges facere in via publica handeln. Sofern auch ſolche Gerüche interdicts-

69) Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1 §. 169 N. 20.

70) Da unſer prohibitoriſches Interdict ſeinem Weſen nach die begründete Beſorgniß vor einer nachtheiligen Einwirkung auf den Weg in der Zukunft vorausſetzt, ſo wird dieſer Fall kaum anders Anlaß zu ſeiner Erwirkung bieten, als wenn eine dauernde Einrichtung auf dem Wege gemacht worden iſt, in welcher die übeln Gerüche entwickelt werden. Allein gegen die Einrichtung als ſolche wird das Interdict keineswegs immer ſtatthaft ſein; man denke z. B. an eine von der zuſtändigen Behörde geſtattete Bude: hier ſind es dann erſt die Gerüche, welche zur Klage berechtigen.

widrig ſind, welche außerhalb des Weges entſpringen, müſſen ſie es eben ſein als Immiſſionen auf den Weg.

Als ſchädliche Einwirkung auf einen öffentlichen Weg erſcheint unter Umſtänden auch das Beweiden desſelben, und alsdann unterliegt auch dieſes unſerm Interdicte.

L. 2 cit. §. 30:

Hoc interdictum etiam ad ea, quae pascuntur in via publica itinereve publico et deteriorem faciant viam, locum habet.

Die Gloſſe giebt als Beiſpiel das Auftreiben von Schweinen, die den Boden aufwühlen.

Uebrigens iſt das Interdict nicht blos dann wirkſam, wenn das Gebahren des Impetraten den Weg ſofort verſchlechtert, ſondern auch dann, wenn zu beſorgen ſteht, daß deſſen Verſchlechterung infolge jenes Gebahrens im Laufe der Zeit eintrete. Den erſtern Fall bezeichnet im Interdicte der Ausdruck: quo ea via idve iter deterius sit, den andern der Ausdruck: quo — deterius fiat.

L. 2 cit. §. 31:

Deinde ait praetor: „quo ea via idque [71]) iter deterius sit fiat.“ hoc sive statim deterior via, sive postea: ad hoc enim pertinent haec verba „sit fiat:“ etenim quaedam sunt talia, ut statim noceant, quaedam talia, ut in praesentiarum quidem nihil noceant, in futurum autem nocere debeant.

Als Verſchlechterung aber iſt jede Veränderung des Weges zu betrachten, welche deſſen Benutzung zum Gehen, Viehtreiben, Reiten, Fahren in irgend einer Weiſe erſchwert oder gar verhindert, alſo z. B. wenn ein allmählich anſteigender Weg ſteil, ein ebener rauh, ein breiter ſchmaler ein trockener ſumpfig gemacht wird.

71) idve *scr.* M.

L. 2 cit. §. 32:

Deteriorem autem viam fieri sic accipiendum est, si usus eius ad commeandum corrumpatur, hoc est ad eundum vel agendum, ut, cum plane [72]) fuerit, clivosa fiat vel ex molli aspera aut angustior ex latiore aut palustris ex sicca.

Den Begriff des deteriorem facere erweitert l. 2 cit. §. 33.

Scio tractatum, an permittendum sit specus et pontem per viam publicam facere: et plerique probant interdicto eum teneri: non enim oportere eum deteriorem viam facere.

Es ist allerdings selbstverständlich, daß die Anlage eines Grabens unter dem Wege her oder eine andere Unterführung, [73]) und umgekehrt die Ueberbrückung des Weges unserm Interdicte unterliegt, sofern sie den Verkehr auf demselben irgendwie beeinträchtigt. Indessen lassen sich dergleichen Anlagen recht wohl herstellen, ohne daß dadurch die Benutzbarkeit des Weges auch nur im geringsten litte oder gefährdet würde. Wenn gleichwohl laut dem Berichte Ulpians die meisten Juristen annahmen, daß unterschiedslos derartige Anlagen unserm Interdicte unterliegen, weil es nicht erlaubt sei, einen öffentlichen Weg schlechter zu

72) Selbstverständlich ist zu lesen: plana, wie es auch die besseren Vulgathandschriften thun.

73) Dies scheint mir die Bedeutung des Ausdruckes specus in l. 2 cit. §. 33 zu sein, genau entsprechend der Bedeutung pons in dieser Stelle, worunter ich eine über den Weg gebaute Brücke, also eine Ueberführung, verstehe. Es giebt augenscheinlich keinen Sinn, wenn die Glosse das specus in l. 2 §. 33 cit. durch Hinweis auf l. 1 §. 3 D. de riv. 43, 21 (Specus autem est locus, ex quo despicitur: inde spectacula sunt dicta), m. a. W. als Einblicksschacht erklären will.

machen, so müssen sie in diesem Zusammenhange unter „deteriorem viam facere“ doch wohl noch etwas Anderes verstanden haben, als die Beeinträchtigung des Verkehres auf dem Wege. Worin dies zu suchen sei, dürfte sich aus folgender Erwägung ergeben. Wenn jemand unter dem Grundstücke eines Privaten eine Unterführung anlegt oder eine Brücke über dasselbe baut, so ist er der negatoria actio und dem interdictum Quod vi aut clam des Eigenthümers auch dann ausgesetzt, wenn er die zur Zeit bestehende Benutzung des Grundstücks durchaus nicht beeinträchtigt. Denn unzweifelhaft liegt darin auch in diesem Falle ein Eingriff in die Freiheit des Eigenthums und eine Werthminderung, also eine Schädigung desselben. Geschieht nun dergleichen an einem öffentlichen Wege, so gilt die dadurch bewirkte thatsächliche Beschränkung der Verfügung des berechtigten Gemeinwesens über seinen Weg nicht nur als eine Ungehörigkeit, gegen welche die mit der Obhut über den Weg betrauten Beamten von Amtswegen im Verwaltungsverfahren einschreiten können, sondern geradezu als eine Verschlechterung des Weges, der auch der einzelne Bürger mit unserm Popularinterdicte wehren darf. Es begreift sich aber, daß diese Erweiterung des Begriffs der Verschlechterung im Interdicte nicht ganz widerspruchslos zur Anerkennung gelangt ist.

Im heutigen Rechte ist diese Anwendung des Interdictes weggefallen: der einzelne Bürger kann mit dem Interdicte nur seine persönliche Benachtheiligung verhüten.

Auf die Verjährung, die Activlegitimation, und den Inhalt der Verurtheilung endlich bezieht sich

L. 2 cit. §. 34:

Hoc interdictum perpetuum et populare est, condemnatioque ex eo facienda est, quanti actoris intersit.

Die populare Natur unſres Interdicts erheiſcht eine beſondere Erörterung nicht. [74])

Daß das Interdict als ein prohibitoriſches unverjährbar iſt, verſteht ſich von ſelbſt; [75]) die auffallende Erwähnung ſeiner Unverjährbarkeit iſt vermuthlich das Ergebniß einer unüberlegten Interpolation: Ulpian hat wohl von der Unverjährbarkeit der sponsio und des agere ex sponsione geredet, [76]) wie dazu auch die Betonung der popularen Natur des Interdicts vortrefflich ſtimmt. [77])

Die Schlußworte des §. 34 betrafen in ihrem urſprünglichen Sinne zweifellos die Verurtheilung im iudicium secutorium. [78]) Bei Juſtinian gehen ſie auf die Verurtheilung in der actio extraordinaria ex causa interdicti. Aber weder bei Ulpian noch bei Juſtinian beziehen ſie ſich auf das perſönliche Intereſſe des Klägers: gemäß dem Weſen der Popularinterdicte wird ja ein ſolches gar nicht erfordert; ſie ſind vielmehr davon zu verſtehen, daß der Kläger das Intereſſe regelmäßig durch iusiurandum in litem, alſo nach ſeiner perſönlichen Abſchätzung, feſtſtellt. [79]) Im heutigen Rechte dagegen iſt für die Verurtheilung lediglich das perſönliche Intereſſe des Klägers maßgebend, deſſen Activlegitimation ja ausſchließlich durch eben dieſes Intereſſe gegeben wird.

Wenn Windſcheid [80]) behauptet, im Juſtiniani-

74) Vgl. darüber Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1835.
75) Vgl. daſ. §. 1837b Ziffer 77 S. 492 f.
76) Vgl. a. a. O. S. 492.
77) Vgl. a. a. O. Ziffer 81 S. 526 f.
78) Thl. 2 dieſer Serie des Commentars §. 1838b Ziffer 93 N. 52 S. 147.
79) S. Thl. 1 §. 1835 Ziffer 7 S. 49.
80) Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 2 §. 467 N. 4a 7. Aufl. S. 692.

ſchen Rechte ſei unſer Interdict reſtitutoriſch geworden, ſo beruht das auf einer irrigen Anſchauung von dem Inhalte der extraordinariae actiones ex causa prohibitoriſcher Interdicte, welche wir bereits an früherer Stelle dieſes Commentars [81]) grundſätzlich widerlegt zu haben glauben.

III. Das interdictum Quod in via publica itinereve publico factum immissum habitum est, ut restituatur. [81a])

6. Von dieſem Interdicte handelt l. 2 cit. §§. 35—44 einſchließlich.

Seinen Wortlaut giebt §. 35:

Praetor ait: „Quod in via publica itinereve publico factum immissum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas.“

§. 36 erklärt, daß die ſachlichen Vorausſetzungen dieſes Interdictes die gleichen ſind wie diejenigen des in Ziffer 5 beſprochenen, der ſachliche Unterſchied beider alſo nur darin liegt, daß das eine prohibitoriſch, das andere reſtitutoriſch iſt.

Hoc interdictum ex eadem causa proficiscitur, ex qua et superius: et tantum interest, quod hoc restitutorium, illud prohibitorium est.

Demnach iſt auch das reſtitutoriſche Interdict auf ſtädtiſche Straßen nicht anwendbar. [82])

81) Thl. 2 dieſer Serie §. 1840 Ziffer 124 S. 465 ff.

81a) Reinhard im Archiv für die Civil. Praxis Bd. 32 S. 211 f.

82) L. 2 §. 24 h. t. (ſ. oben S. 261). Windſcheid Lehrbuch Bd. 2 §. 467 N. 5. Ebenſo findet es nur ſtatt wegen einer Verſchlechterung des Weges für den öffentlichen Gebrauch, nicht aber wegen einer ſolchen Aenderung, die, ohne den Weg zu verſchlechtern, einem An-

Abgesehen von ihrem Zwecke liegt ein wesentlicher Unterschied beider Rechtsbehelfe in der Passivlegitimation für sie. Das prohibitorische Interdict richtet sich gegen denjenigen, von dem der Impetrant befürchtet, daß er durch Verrichtungen oder Anlagen oder durch Zuführung von Stoffen den Weg schädigen werde; das restitutorische geht gegen denjenigen, der die schädigende Anlage oder das zum Schaden des Weges auf ihn Gelangte innehat. Diese Richtung des restitutorischen Interdicts rechtfertigt sich in dem Falle, wo der Inhaber der schädigenden Aenderung dieselbe nicht veranlaßt hat, durch die Erwägung, daß nur von ihm die Wiederherstellung des frühern Zustandes mit derjenigen Sicherheit erwartet werden kann, welche die jeweilig geltenden Vorschriften über den Inhalt der Verurtheilung und über die Art der Zwangsvollstreckung überhaupt zu bieten vermögen. In classischer Zeit beruhte diese Sicherheit auf dem Wesen der arbitraria actio, welche bei restitutorischen Interdicten entweder durch die vom Impetraten erbetene formula arbitraria von vornherein constituirt, oder im Anschlusse an das agere per sponsionem ex interdicto als iudicium secutorium verhandelt wurde. Genügte der Impetrat dem iussus de restituendo nicht, so wurde er bekanntlich, falls er dies aus Ungehorsam nicht that, gemäß dem iusiurandum in litem des Impetranten in das Interesse verurtheilt. Als Ungehorsam aber galt es wohl stets, wenn der Inhaber der schädigenden Aenderung den iussus, sie zu beseitigen, nicht befolgte. Und so durfte der Impetrant gewiß mit seltenen Ausnahmen darauf rechnen, daß jener gegenüber dem gewaltigen Drucke des iusiurandum in litem den frühern Zustand herstellen werde.

lieger nachtheilig ist. So richtig Seufferts Arch. Bd. XXVII Nr. 135 (OAG. Darmstadt 1872).

L. 2 §. 37:

Hoc interdicto non is tenetur, qui in via publica aliquid fecit, sed is, qui factum habet. proinde si alius fecit, alius factum habet, is tenetur, qui factum habet: et est hoc utilius, quia is potest restituere, qui factum inamissum habet.

Unter habere iſt jede thatſächliche Innehabung zu eignem Genuſſe verſtanden, einerlei ob dieſelbe juriſtiſcher Beſitz oder Quaſibeſitz iſt oder bloße Detention.

L. 2 §. 38:

Habere eum dicimus, qui utitur et iure possessionis fruitur, sive ipse opus fecit sive ex causa emptionis vel conductionis vel legato vel hereditate vel quo alio modo adquisiit.

Nicht dagegen fällt unter den hier maßgebenden Begriff des habere eine ſolche Detention, welche lediglich alienae possessioni ministerium praestat, nicht jedoch zugleich dem Detentor eignen Genuß verſchafft, wie die Detention des Mandatars, des Vormundes, des Beamten, des gedungenen Wächters. Wo eine derartige Innehabung ſtattfindet, haftet dem Interdicte nicht der Inhaber, ſondern nur derjenige, für den ſie ausgeübt wird. Eben die Haftung eines ſolchen Detentors, dem die Detention Anſpruch auf eignen Genuß nicht gewährt, ſoll m. E. ausgeſchloſſen werden durch die Worte: iure possessionis fruj:[82a]) die Bezugnahme auf die causa conductionis erweiſet, daß jene Worte nicht beſchränkt werden dürfen auf das rechtlich ge-

82a) Dies iſt nicht gewürdigt in dem Erkenntniſſe des OAG. Caſſel (1849) in Seufferts Arch. Bd. VIII Nr. 50. Es giebt das Interdict gegen den Verwalter, der im Namen und Auftrage ſeines Dienſtherrn einen öffentlichen Weg durch eine Canalanlage verſchlechtert hatte, und zwar nach den Grundſätzen der Delictsklagen.

ſchützte Verhältniß des juriſtiſchen Beſitzes und Quaſibeſitzes. Die hiermit bezeichnete Bedeutung des habere tritt auch hervor in l. 2 cit. §. 42, wo bei der Erörterung der Paſſivlegitimation für unſer Interdict dem „qui possideat“ beigefügt iſt „vel habeat,“ — ſei dies nun gemeint als dem „qui possideat“ beigeordnet, oder als genauere, den possidens mitumfaſſende, Bezeichnung aller Perſonen, gegen welche das Interdict erwirkt werden kann. [83])

Die bloße Thatſache dagegen, daß die von dem Einen zum Schaden eines öffentlichen Weges gemachte Anlage einem Andern Vortheil bringt, ſetzt dieſen Letztern dem Interdicte nicht aus: es fehlt ihm ja die facultas restituendi. Anders wenn zwei Anlieger gemeinſchaftlich eine den Weg ſchädigende Vorrichtung gemacht haben, z. B. wenn ſie zwiſchen ihren durch den Weg getrennten Grundſtücken einen Graben über den Weg gezogen, einen Schlagbaum auf demſelben aufgeſtellt haben: hier gilt jeder von ihnen als factum immissum habens und haftet daher dem Interdicte in solidum. Ebenſo, wenn mehrere Anlieger an der nämlichen Seite des Weges gemeinſchaftlich einen den Weg beengenden Damm oder drgl. aufgeführt haben.

L. 2 §. 41:

Idem *Labeo* scribit, si vicinus meus viam opere corruperit, quamvis opus, quod fecit, tam mihi quam ipsi utile sit, tamen si is vicinus fundi sui causa id fecerit, me tamen [84]) non posse hoc interdicto conveniri: si autem communiter hoc opus fieri curaverimus, utrumque nostrum teneri.

Gemäß der von der römiſchen Praxis gebilligten Anſicht Labeos haftet derjenige, qui dolo malo fecit, quo

83) Vgl. Thl. 1 dieſer Serie §. 1837 Ziffer 58 S. 334 f.
84) tamen *del.* M.

minus factum immissum possideret vel haberet, quasi possideret vel haberet. [85])

L. 2 §. 42:

Hoc interdictum locum habet etiam adversus eum, qui dolo malo fecit, quo minus possideret vel haberet: etenim parem esse condicionem oportet eius, qui quid possideat vel habeat, atque eius, cuius dolo malo factum sit, quo minus possideret vel haberet: et mihi videtur vera *Labeonis* sententia.

Wie aber, wenn derjenige, qui opus fecit, dasselbe sine dolo malo habere desiit, ohne daß ein Andrer Inhaber des opus wird? Das Interdict in seiner edictsmäßigen Fassung geht weder nach seinem Wortlaute, noch kraft seiner Ausdehnung auf dolo desiisse habere gegen ihn. Aeltere Juristen ließen ihn deshalb wegen Verschlechterung des Weges als solcher überhaupt nicht haften. [86]) Ulpian aber giebt gegen ihn unser Interdict utiliter.

L. 2 §. 39:

Unde (nämlich weil das Interdict gegen denjenigen geht, qui factum immissum habet) *Ofilius* putat eum, qui pro derelicto reliquit id opus, quod fecit, si viam publicam corrupit et reliquit, [87]) non teneri hoc interdicto: non enim habet, quod fecit. sed an in eum actio debeat dari, videbimus. et puto utile inter-

85) Vgl. Thl. 1 dieser Serie §. 1837 Ziffer 58 S. 336 f.

86) Damit ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß er z. B. dem Quod vi aut clam unterliegt, wenn infolge des opus in solo factum ein Dritter Schaden erlitten hatte. Vgl. l. 7 §. 8. l. 20 §. 5 D. quod vi 43, 24.

87) Es ist wohl nicht blos *et reliquit* mit Mommsen zu streichen, sondern auch *si viam corrupit* mit Schmidt Interdiktenverfahren S. 15 N. 6: wenn jemand einen öffentlichen Weg verbessert, tritt eine Haftung überhaupt nicht ein.

dictum competere, ut, quod in via publica aedificavit, restituat.

Iſt ohne Zuthun des Anliegers ein auf deſſen Grundſtücke wurzelnder Baum ſo auf den öffentlichen Weg gefallen, daß er den Verkehr hemmt, ſo findet unſer Interdict gegen dieſen Anlieger ſo lange ſtatt, als er das Eigenthum an dem Baume nicht aufgiebt: immissum enim habet. Derelinquirt er aber den Baum, ſo iſt nunmehr nicht nur das Interdict in ſeiner edictsmäßigen Faſſung unſtatthaft, ſondern es liegt auch kein Grund vor, es als utile gegen ihn zu ertheilen. Allein er darf jetzt auch keinen Andern hindern, auf eigne Koſten den Baum zu beſeitigen: ſonſt ſetzt er ſich dem interdictum de via reficienda aus.

L. 2 §. 40:

Si ex fundo tuo arbor in viam publicam sic ceciderit, ut itineri sit impedimento, eamque pro derelicto habeas, non teneri (te *ins.*) ***Labeo*** scribit: si tamen, inquit, actor sua impensa arborem tollere paratus fuerit, recte tecum acturum interdicto de via publica reficienda . sed si pro derelicto non habeas, recte tecum agi hoc interdicto.

Das Interdict befiehlt Herſtellung des Weges in den frühern Zuſtand, alſo namentlich Beſeitigung einer aufgeführten Anlage und Wiedereinfügung deſſen, was etwa aus dem Körper des Weges herausgenommen worden iſt. Und zwar hat dieſe Wiederherſtellung zu erfolgen auf Koſten des Impetraten, wenn die interdictswidrige Aenderung von ihm ſelbſt vorgenommen iſt oder auf ſein Geheiß oder mit ſeiner ſpätern Genehmigung. Wer dagegen lediglich als Inhaber des factum immissum haftet, braucht nur patientia restituendi zu leiſten.

L. 2 §. 43:

„Restituas“ inquit . restituere videtur, qui in pristinum statum reducit: quod fit, sive quis tollit id,

quod factum est, vel reponat, quod sublatum est . et interdum suo sumptu: nam si ipse, quo qui[88]) interdixit, fecerit, vel iussu eius alius, aut ratum habitum sit, quod fecit, ipse suis sumptibus debet restituere: si vero nihil horum intervenit, sed habet factum, tunc dicemus patientiam solam eum praestare debere.

Das Interdict war urſprünglich unverjährbar; und zwar wird als Grund dafür, vielleicht im Gegenſatze zum interdictum Quod vi aut clam, ausdrücklich ſeine populare Natur angegeben.

L. 2 §. 44 init.:

Interdictum hoc non esse temporarium sciendum est: pertinet enim ad publicam utilitatem.

Nach Einführung der allgemeinen Klagenverjährung unterliegt es ſelbſtverſtändlich der dreißigjährigen Verjährung.

Die Verurtheilung ſowohl aus der vom Impetraten erbetenen formula arbitraria als aus dem iudicium secutorium beim agere per sponsionem ging auf den vollen Betrag der Koſten, welche zwecks Beſeitigung der interdictswidrigen Aenderung des Weges aufzuwenden ſein würden, ſowie auf Erſtattung des geſammten durch das interdictswidrige Verhalten des Impetraten verurſachten Schadens. Da die Nichterfüllung des iussus de restituendo wohl faſt ausnahmslos auf der contumacia des Impetraten beruhte, ſo hatte der Impetrant mindeſtens in den allermeiſten Fällen die Befugniß, die Höhe jenes Betrages durch iusiurandum in litem abzuſchätzen. Dieſe ſeine individuelle Werthſchätzung iſt ohne Zweifel gemeint, wenn l. 2 §. 44 cit. i. f. ſagt:

88) cum quo quis *leg.*

condemnatioque ex eo (sc. hoc interdicto) facienda est, quanti actoris intersit tolli quod factum est.[89])

Obwohl heute das Interdict nicht mehr popular ist, werden wir es doch als perpetuum im Sinne des nachtheodosischen Rechtes gelten lassen müssen, wie dies ja auch für nicht populare Interdicte die Regel bildet.[90])

Für die Verurtheilung aber aus dem Interdicte ist heute ausschließlich das persönliche Interesse des Impetranten maßgebend.

IV. Das interdictum Ut via publica itinereve publico ire agere liceat.[91])

7. Von diesem Interdicte handelt in vorliegendem Titel nur l. 2 §. 45; und diese Stelle giebt nichts weiter an, als seine Fassung.

Praetor ait: „Quo minus illi via publica itinereve publico ire agere liceat vim fieri veto."

Außerdem erwähnen unser Interdict

L. 2 §. 1 D. de interd. 43, 1:

(*Paul.* lib. 63. ad ed.) — hominum causa competunt (sc. interdicta) vel ad publicam utilitatem pertinentia vel sui iuris tuendi causa vel officii tuendi causa vel rei familiaris . publicae utilitatis causa competit interdictum „Ut via publica uti liceat" et „flumine publico" et „Ne quid in via publica fiat" etc.

und

89) Vgl. l. 2 cit. §. 34 und l. 1 §. 3 D. de via publ. ref. 43, 11 und dazu Thl. 1 dieser Serie §. 1835 Ziffer 7 S. 45 ff.

90) Vgl. Thl. 1 dieser Serie §. 1837b Ziffer 81 S. 527.

91) Unterholzner die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2 §. 382 S. 154 f. Heimbach im Rechtslexikon Bd. 5 S. 595—597. Reinhard im Archiv für die Civil. Prax. Bd. 32 S. 212—213.

L. 42 pr. D. de proc. 3, 3:

(*Id.* lib. 8. ad ed.) Licet in popularibus actionibus procurator dari non possit, tamen dictum est merito, eum, qui de via publica agit et privato damno ex prohibitione adficitur, quasi privatae actionis dare posse procuratorem etc.

Die letztere Stelle freilich bezieht Schmidt[92]) auf das interdictum restitutorium de itinere publico. Allein dagegen spricht zunächst, daß sie alsdann eine bereits geschehene Verhinderung voraussetzen würde, von dem durch eine solche Geschädigten es jedoch heißen müßte: damno ex prohibitione adfectus est, nicht adficitur. Insbesondere aber stimmt es zu jenem Interdicte nicht, daß das hier verfolgte damnum bezeichnet wird als hervorgegangen ex prohibitione: jenes Interdict richtet sich nicht sowohl gegen die Verhinderung von Personen an der Benutzung eines öffentlichen Weges, als vielmehr gegen die Verschlechterung eines solchen Weges für die Benutzung. Da hinsichtlich des prohibitorischen Interdictes Ne quid in via publica fiat das gleiche Bedenken gilt, so kann nur unser Interdict gemeint sein.[93])

Beweiset demnach l. 42 pr. D. cit. die populare Natur unseres Interdictes, so wird diese durch l. 2 §. 1 D. de interd. 43, 1 cit. völlig außer Zweifel gestellt. Zwar heißt es auch von dem interdictum Ne quid in loco publico fiat: publicis utilitatibus per hoc prospicitur;[94]) von dem interdictum de loco publico fruendo: Interdictum hoc publicae utilitatis causa proponi palam est;[95]) von dem interdictum de cloacis privatis: —

92) Interdiktenverfahren S. 133 N. 20.

93) Vgl. Thl. 1 dieser Serie §. 1833 Ziffer 3 N. 63 S. 27. — So auch Unterholzner a. a. O. S. 155 N. e.

94) L. 2 §. 2 D. h. t.

95) L. 1 §. 2 D. de loco publ. fruendo 43, 9.

cloacarum refectio et purgatio ad publicam utilitatem spectare videtur;[96]) — und doch ſind die genannten Interdicte unbeſtreitbar interdicta privata. Somit würde allerdings die Popularnatur unſeres Interdictes ſich noch nicht daraus allein ergeben, daß von ihm geſagt wird: publicae utilitatis causa competit. Allein dieſe Worte bilden den ausgeſprochenen Gegenſatz zu dem competere sui iuris tuendi, officii tuendi und rei familiaris causa; und danach kann unſer Interdict nicht wohl zum Schutze privater Vermögensintereſſen (rei familiaris causa) beſtimmt ſein.[96a])

Schützt es jedoch als Popularinterdict den Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen, ſo wird in ihm als öffentlicher jeder Weg zu verſtehen ſein, welcher rechtlich dem Gemeingebrauche unterliegt, ſollte auch ſein Grund und Boden im Privateigenthume ſtehen. Inſoweit hat es ſeinem Zwecke zufolge die nämliche Vorausſetzung hinſichtlich ſeines Gegenſtandes wie die beiden Interdicte, welche ein in via publica facere immittere betreffen.[96b])

Sehr fraglich dagegen dürfte es ſein, ob ſich unſer Interdict gleich jenen beiden auf Wege außerhalb der Städte beſchränke. Wenn Heimbach[97]) dieſe Frage ſchon aus dem Grunde bejaht, weil unſer Interdict mit jenen verbunden ſei, ſo hat er überſehen, daß die letzteren allerdings unter Einer Rubrik vereinigt geweſen ſind mit dem interdictum Ne quid in loco publico fiat, nicht dagegen mit unſerm Interdicte;[98]) daß alſo eine Schlußfolgerung für

96) L. 1 §. 7 D. de cloac. 43, 23.

96a) Vgl. Thl. 1 dieſer Serie §. 1835 Ziffer 8 S. 55 f.

96b) So Seufferts Archiv Bd. XXXVI Nr. 199 a. E. (Oberſtes Landesgericht für Bayern 1881).

97) A. a. O. 595 unter IV. 2.

98) S. oben Ziffer 1 S. 214 nach N. 4.

die behauptete Beschränkung von jenen auf unser Interdict um so weniger zulässig ist, als sie nicht einmal auf das eben genannte zutrifft. Wenn er aber weiter meint, auch auf unser Interdict passe der bei jenen Interdicten angeführte sachliche Grund, daß für städtische Straßen die Obhut der Beamten ausreiche, so hat er sich nicht veranschaulicht, daß jene Interdicte wesentlich andersartige Einwirkungen auf öffentliche Wege verfolgen, als unser Interdict es thut: aus der Thatsache also, daß die Obhut der Beamten hinsichtlich der erstern Art von Einwirkungen ausreicht, ergiebt sich noch gar nichts darüber, ob sie auch hier ausreiche. Wie es sich in der That damit verhalte, wird sich zeigen, sobald wir prüfen, welcherlei Einwirkungen unser Interdict entgegentritt.

Als prohibitorisch kann unser Interdict nicht helfen wider eine bereits eingetretene Verhinderung, die als solche nicht auch in die Zukunft verhindernd wirkt; ihretwegen hat der Verhinderte nur die actio iniuriarum. [99]) Das Interdict verbietet eine erst noch bevorstehende, eine künftige Verhinderung. Soweit jedoch eine Verhinderung zu besorgen steht infolge eines facere oder immittere, ist unser Interdict unnöthig: hier genügt, je nachdem eine derartige Einwirkung auf den Weg noch erwartet wird oder bereits geschehen ist, das eine oder das andere der oben besprochenen Interdicte. Dahin gehört z. B. das Absperren eines Weges durch einen Schlagbaum, Verhau, Damm, Graben auf demselben. [100]) Unser Interdict betrifft also insbesondere

99) L. 2 §. 9 D. h. t. l. 13 §. 7 D. de iniur. 47, 10.

100) Deshalb werden die in den Erkenntnissen bei Seuffert Bd. XIX Nr. 235 (OAG. Kiel 1865), XXXVI Nr. 199 (Oberstes LG. für Bayern 1881), Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. I Nr. 59 abgeurtheilten Klagen richtiger aufgefaßt als interdicta Quod in via publica factum sit ut restituatur.

ſolche Weiſen künftiger Verhinderung an der Benutzung eines öffentlichen Weges, welche nicht aus Anlagen auf ihm oder Immiſſionen auf ihn drohen. Nun aber iſt es popular: vorausgeſetzt wird alſo eine Verhinderung, welche nicht nur einen beſtimmten Einzelnen oder mehrere beſtimmte Einzelne angeht, ſondern welche den Gemeingebrauch ſchädigen würde. Dahin gehört z. B. ein allgemeines Verbot, den Weg zu betreten, ſofern zu beſorgen ſteht, daß dieſem Verbote ſei es thatſächlich, ſei es etwa durch Anhängigmachen eines gerichtlichen Verfahrens Nachdruck gegeben werde; [1]) das Halten biſſiger Hunde, vor welchen die Fußgänger zurückſchrecken; das Auffahren von Wagen und Karren, Abladen von Balken u. ſ. w., die den Weg ungebührlich ſperren, indem ſie länger als nöthig ſtehen oder liegen bleiben; ferner unzüchtige Schauſtellungen an dem Wege, die anſtändige Menſchen von deſſen Betreten abhalten; Verweilen von Strolchen in ſeiner Nähe, welche Furcht vor Unfug, Mißhandlung, Beraubung der Wandrer erwecken und dergl.; nicht dagegen das Auflauern auf einen perſönlichen Feind, welches Andere unbehelligt läßt. Vergleichen wir damit nun die Zuſtändigkeit der curatores urbium hinſichtlich der öffentlichen Wege in den Städten, wie ſie der zehnte Titel unſeres Buches angiebt, ſo wird es uns nicht zweifelhaft bleiben, daß jene Zuſtändigkeit unſer Interdict für ſtädtiſche Wege keineswegs überflüſſig macht. Wir werden folglich nicht annehmen dürfen, daß es auf die öffentlichen Wege außerhalb der Stadt beſchränkt ſei.

Im heutigen Rechte ſetzt das Interdict voraus, daß der Kläger Grund hat, perſönliche Verhinderung an der Benutzung des Weges zu beſorgen. Und da es nicht

1) Vgl. Seufferts Archiv Bd. XXI Nr. 11 (OAG. Kiel 1863); XXIX Nr. 31 (OAG. Berlin 1874); XXXVII Nr. 47 (Reichsger. 1888).

mehr popular iſt, genügt dieſe Beſorgniß, die Klage zu ſubſtantiiren.

Erwähnt werden muß hier noch *Paul.* R. S. V, 6, 2 (Kr.):

Ut interdictum, ita et actio proponitur, ne quis via publica aliquem prohibeat. cuius rei sollicitudo ad viarum curatores pertinet, a quarum munitione nemo exceptus est. si quis tamen in ea aliquid operis fecerit, quo commeantes impediantur, demolito opere condemnatur.

Ich wüßte jedoch einer frühern Ausführung über dieſe Stelle [2]) nichts hinzuzufügen, und beſcheide mich daher, auf jene zu verweiſen. Für unſer Interdict ſelbſt hat dieſer ohne Zweifel gründlich verderbte Text keine Bedeutung.

2) S. Thl. 1 dieſer Serie §. 1839 Ziffer 115 S. 361–363.

Lib. XLIII. Tit. IX.

De loco publico fruendo.[1])

Basil. LVIII, 8.

1. Während der achte Titel des 43. Buches der Pandekten vier Interdicte behandelt, welche den usus publicus an Grundstücken betreffen, bezieht sich der vorliegende Titel auf ein Interdict, das mit dem Gemeingebrauche nichts zu thun hat, vielmehr das frui licere dessen schützen soll, der einen locus publicus fruendus gepachtet hat.

Die Fassung dieses Interdicts überliefert l. 1 pr. h. t.: (*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Praetor ait: „Quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei, qui conduxit, sociove eius e lege locationis frui liceat, vim fieri veto."

So klar diese Worte zu sein scheinen, so bestritten ist gleichwohl der Inhalt des Verhältnisses, das sie als locum publicum fruendum locare bezeichnen.

Nach der einen Ansicht bedeuten sie die Verpachtung des Rechtes, von den Privaten, welchen der römische Staat Stücke des ager publicus zur Benutzung gegen ein vecti-

1) Unterholzner quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Bd. 2 §. 364 S. 121. Heimbach im Rechtslexikon Bd. 5 S. 559—561. Lenel ed. perp. §. 239.

gal überlaſſen hat, dieſes vectigal zu erheben.[2]) Nach der herrſchenden Anſicht dagegen ſind ſie von der Verpachtung zu verſtehen, kraft welcher ein locus publicus zwecks der Fruchtgewinnung an einen Privaten verpachtet wird.

Es braucht hier nicht unterſucht zu werden, ob die für die erſte Anſicht angeführten Stellen wirklich beweiſen, daß agrum fruendum locare der techniſche Ausdruck für die Verpachtung der Grundgefälle geweſen ſei.[2a]) Denn

2) So z. B. Rudorff Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft Bd. XI S. 338—340; Schwegler römiſche Geſchichte Bd. 2 S. 409 (25, 3) Anm. 3 vgl. S. 435 (25, 7); Walter Geſchichte des Römiſchen Rechts Thl. 1 3. Aufl. §. 182 N. 58 S. 273 f.; Karlowa der römiſche Civilprozeß zur Zeit der Legisactionen S. 212 f. N. 2. Sehe ich recht, ſo theilt auch Mommſen dieſe Anſicht, indem er vorſchlägt, in l. 1 §. 1 h. t. nach id und vor conduxit einzuſchalten publicum. Vgl. lex agr. a. 643 v. 25 (Bruns fontes iur. Rom. ed. V p. 77): queiquomque id publicum fruendum redemptum conductumve habebit.

2a) Liv. XXVII, 3: milites aedificiis emotos, simul ut cum agro tecta urbis fruenda locarentur etc. XXVII, 11: ii censores ut agrum Campanum fruendum locarent, — plebes — scivit. XLII, 19: ut agrum Campanum censores fruendum locarent. Daß es ſich bei Liv. XXXII, 7: portoria venalium Capuae Puteolisque item Castrorum portorium — fruendum locarunt um die Verpachtung von Gefällen handelt, beweiſet nichts für die beiden erſten Stellen. Bei Cic. in Verr. II, lib. 3 c. 6 §. 13 heißt es freilich von der Verpachtung der Zehnten: is ager a censoribus locari solet; hier fehlt aber der Zuſatz fruendum. Umgekehrt fehlt der Zuſatz ager in der lex agr. v. 25 cit. (ſ. vorige Note), bei Cic. de prov. consul. 5, 12 (qui frui publico non potuit per hostem) und in l. 1 §. 1 D. de publ. 39, 4 (qui publico fruuntur), wo von der Pachtung von Gefällen die Rede iſt.

jedenfalls ist dies nicht die ausschließliche Bedeutung jener Worte;[2b]) vielmehr ergiebt sich aus zwei selbständigen Gründen, daß unser Interdict nicht zum Schutze derjenigen aufgestellt ist, welche etwa die Erhebung der Pachtgelder für die unmittelbare Fruchtnutzung der Aecker selbst gepachtet haben.

Vor allem bietet auf sie bezogen das Interdict keinen brauchbaren Sinn. Worin würde bei dieser Deutung das frui e lege locationis liegen, an dem der publicanus nicht gehindert werden soll?[2bb]) Der Absicht des Vertrages würde doch wohl nur die Eincassirung des freiwillig dargebotenen Bodenpachtzinses entsprechen: daran jedoch ist schwerlich eine Verhinderung denkbar, gegen die das Interdict sich richten könnte. So bleibt kaum eine andere Erklärung, als daß der publicanus nicht gehindert werden solle, den Bodenzins vom Grundpächter eigenmächtig zu erheben.[2bbb]) Eine solche Erhebung aber würde sowenig die lex censoria begünstigt haben, als der Prätor. Nun berichtet uns freilich Gaius IV, 28, daß die lex censoria den Publicanen die pignoris capio gegen die Schuldner der jenen verpachteten Gefälle gegeben habe. Und eben in der Vollziehung dieser Pfändung, meint Karlowa, habe unser Interdict sie schützen wollen. Allein gesetzt auch, die Pfändung lasse sich füglich als ein frui e lege locationis auffassen, — was wäre denn von diesem frui übrig geblieben nach dem Untergange des

2b) S. l. 1 §. 1 D. si ager vectig. 6, 3: Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt etc. L. 35 pr. D. loc. 19, 2: qui et suum praedium fruendum locaverit etc. l. 6 Cod. de loc. et cond. 4, 65: Nemo prohibetur rem, quam conduxit fruendam, alii locare etc.

2bb) Degenkolb die lex Hieronica S. 125 N. 1.

2bbb) K. Schmidt in Bekkers und Muthers Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts Bd. 3 S. 252 N. 10.

Pfändungsrechtes, den Karlowa [2c]) selbst der lex Aebutia zuschreibt? Wenn an seine Stelle die bei Gai. IV, 32 erwähnte actio ficticia trat, so war hier ein prohiberi schlechterdings undenkbar. Sollten es jedoch die späteren Prätoren, sollte es vollends noch Julian, obwohl seit Domitian nur geringe Reste des ager publicus in Italien vorhanden waren, [2cc]) der Mühe werth erachtet haben, unser Interdict aufrecht zu erhalten? etwa damit der publicanus nicht verhindert werde, „die Gemeinweiden zu betreten, um seine Controlle auszuüben u. s. w.?“ [2d]) Ich wenigstens gestehe, daß ich mir bei diesem inhaltsschweren „u. s. w.“ nichts Geeignetes vorzustellen weiß.

Sodann besitzen wir eine Pandektenstelle, welche unzweifelhaft von unserm Interdicte redet und es ebenso unzweifelhaft als das Schutzmittel dessen hinstellt, der publice die unmittelbare Bodennutzung gepachtet hat, — nämlich l. 13 §. 7 D. de iniur. 47, 10:

(*Ulp.* lib. 57. ad ed.) Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Graece *σαγήνη* dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita ***Pomponius***, et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiatur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest . conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc [2e]) conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur etc.

2c) A. a. O. S. 215 f.

2cc) Max Weber die römische Agrargeschichte u. s. w. Stuttgart 1891 S. 133 f.

2d) Karlowa a. a. O. S. 213 N. 2 der Seite 212.

2e) locum *scr.* M.

Damit dürfte es erwiesen sein, daß unser Interdict in der That denjenigen Inhalt hat, den ihm die herrschende Meinung beimißt.

Laut seiner Fassung als prohibitorisches ist, wie bereits Schmidt[2f]) treffend bemerkt hat, das Interdict gleichmäßig geeignet, dem Pächter eines locus publicus den Pachtbesitz zuerst zu verschaffen, ihn, wenn er verloren ist, wieder zu erlangen und endlich ihn gegen Störung zu schützen; es wirkt m. a. W. je nach der Sachlage bald als adipiscendae, bald als recuperandae, bald als retinendae possessionis interdictum. [3])

Der Pächter eines Privatgrundstückes wird bekanntlich im allgemeinen [4]) gegen Dritte, welche ihn in dem von seinem Verpächter ihm zugesagten uti frui beeinträchtigen, unmittelbar nicht geschützt, sondern vermag Schutz nur durch Vermittelung des Verpächters zu erlangen. Im Gegensatze dazu gewährt unser Interdict dem Pächter eines locus publicus einen weitgehenden unmittelbaren Schutz gegen Verletzung seines Pachtverhältnisses von dritter Seite und gestaltet damit jenes Verhältniß selbst zu einem dinglichen Rechte. Den gesetzgeberischen Beweggrund für diese Bevorzugung des Pächters eines locus publicus giebt l. 1 cit. §. 1 an.

Interdictum hoc publicae utilitatis causa proponi

2f) Das Interdiktenverfahren S. 69 N. 55. Vgl. auch das Urtheil des OAG. Braunschweig v. J. 1884 in Seufferts Archiv Bd. XLII Nr. 32 S. 41 f.

3) Vgl. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1836a Ziffer 46 S. 269 ff.

4) Also abgesehen etwa von dem Falle des interdictum Quod vi aut clam (l. 11 §. 12. l. 12 D. quod vi 43, 24) und demjenigen der actio legis Aquiliae nach l. 27 §. 14 D. ad leg. Aquil. 9, 2.

palam est: tuetur enim vectigalia publica, dum prohibetur quis vim facere ei, qui id [5]) conduxit.

Indem das Interdict den Pächter eines locus publicus gegen Störung seines Pachtverhältnisses seitens Dritter schützt, sichert es die öffentlichen Einnahmen aus Grund und Boden. [6]) Diese Begründung wird verständlich durch die Thatsache, daß jedenfalls vor der Zeit des Principates die Verbindlichkeiten des Aerars nicht klagbar waren, [7]) dasselbe also auch von seinem Pächter nicht gezwungen werden konnte, ihm Schutz gegen Dritte zu verschaffen. So gewann derjenige, der geneigt war, eine Domäne zu pachten, nur dann die genügende rechtliche Grundlage für ein dem Fruchtertrage angemessenes Pachtgebot, wenn er in die Lage gesetzt wurde, sich selbst zu schützen. [7a])

Für Pachtgrundstücke der dem römischen Staate angehörigen Gemeinden paßt dies freilich nicht: gegen solche Gemeinden war gerichtliche Klage durchaus zulässig. [8]) Demgemäß ist unter einem locus publicus im Sinne unseres Interdictes ursprünglich wohl nur eine Staatsdomäne verstanden worden. Sobald man indessen sah, daß die begünstigte Stellung des Domänenpächters für Domänen einen höhern Pachtertrag zur Folge hatte, als er unter

5) publicum *ins.* M.

6) In diesem Sinne ist hier der Ausdruck vectigalia publica zu verstehen. Vgl. l. 59 §. 2 D. de usufr. 7, 1.

7) Mommsen römisches Staatsrecht Bd. 1 2. Aufl. S. 160 ff. S. 170 f. 3. Aufl. S. 169 ff. S. 175 f. Bd. 2 2. Aufl. S. 542. 3. Aufl. S. 554 f.

7a) Der Umstand, daß für Karlowa a. a. O. S. 213 N. 10 a. E. dieser Zusammenhang „vollkommen unverständlich" geblieben ist, bildet wohl den Hauptanlaß zu seiner Auffassung unseres Interdictes.

8) Vgl. v. Bethmann-Hollweg der römische Civilprozeß Bd. 2 S. 424 f. Lenel ed. perp. §. 33 S. 81 f.

übrigens gleichen Umſtänden bei einer Pacht ohne unmittelbaren Rechtsſchutz des Pächters zu erzielen geweſen wäre, da trug man kein Bedenken, ob vectigalis favorem unſer Interdict auch dem Pächter eines Gemeindegrundſtückes zu geben. So iſt es uns ausdrücklich bezeugt von der Pacht eines Sees, Teiches oder Tümpels.

L. un. §. 7 D. ut in flum. publ. navigare lic. 43, 14:

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Publicano plane, qui lacum vel stagnum conduxit, si piscari prohibeatur, utile interdictum competere ***Sabinus*** consentit: et ita ***Labeo***. ergo et si a municipibus conductum habeat, aequissimum erit ob vectigalis favorem interdicto eum tueri.

Das unbefangene Verſtändniß dieſer Stelle iſt durch zwei Umſtände verhindert worden. Zunächſt erblickte man in der Bezeichnung „utile interdictum“ den Hinweis auf ein Interdict, das im Einzelfalle nach dem Vorbilde eines proponirten Interdictes ertheilt wird; ſodann meinte man umgekehrt, in l. 13 §. 7 D. de iniur. 47, 10 wende Ulpian ſelbſt, der Verfaſſer der l. un. §. 7 cit., auf eine vom Staate gepachtete Fiſcherei das interdictum de loco publico fruendo unmittelbar an. Den damit gegebenen Widerſpruch beider Stellen hat man nun auf verſchiedene Weiſe wegzudeuten verſucht. Unterholzner,[9]) der das utile interdictum der l. un. §. 7 cit. für eine Nachbildung des interdictum de loco publico fruendo hält, faßt, wenn ich ihn recht verſtehe, auch das in l. 13 §. 7 erwähnte Interdict des Pächters als ein utile interdictum auf. Heimbach[10]) meint, das interdictum de loco pu-

9) A. a. O. §. 386 S. 162 f. N. d. Ebenſo Rudorff de iurisdictione edictum §. 233 n. 1 p. 209, der daſ. n. 2 ein weiteres interdictum utile für den Fall annimmt, si a municipibus conductum habeat.

10) A. a. O. S. 561 zu N. 339 ff.

blico fruendo habe ſich urſprünglich wohl nur auf die Verpachtung von Aeckern bezogen, nicht aber auf diejenige von Seen. Auf dieſe ſei nämlich nach l. un. §. 7 cit. das Interdict Ut in flumine publico navigare liceat analog angewandt worden; dazu aber hätte ſchwerlich Grund vorgelegen, wenn das erſterwähnte Interdict von Anfang an auch für Seen gegolten habe. Doch ſei es gemäß ſeiner allgemeinen Faſſung in den juſtinianiſchen Pandekten, wie namentlich auch nach l. 13 §. 7 cit. ſpäterhin auf Seen ausgedehnt worden. Schmidt[11]) endlich glaubt, da die Pächter eines locus publicus nach l. 13 §. 7 D. de iniur. cit. in dem interdictum de loco publico fruendo ein allgemeines Schutzmittel bereit gefunden, ſo haben Labeo und Sabinus ihnen ohne Bedenken für den Fall der Störung im Fiſchen ein nach der Analogie des interdictum Ut in flumine publico navigare liceat ſpeciell gefaßtes Interdict eingeräumt, welches den Vortheil der größern Präciſion habe.

Eine genauere Betrachtung der l. 13 §. 7 cit. zeigt indeſſen, daß jene Stelle gar nicht von der Anwendung unſeres Interdicts auf eine verpachtete Fiſcherei redet: müßte dies ja obendrein die Fiſcherei im Meere ſein, welche bei den Römern den Gegenſtand der Pacht überhaupt nicht bilden konnte, weil der Gebrauch des Meeres als einer res communis omnium jedermann frei ſtand. Wir laſſen des leichtern Verſtändniſſes halber die Stelle, ſoweit ſie hierher gehört, nochmals folgen.

Ulp. lib. 57. ad ed.: Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Graece *σαγήνη* dici-

11) Das Interdiktenverfahren S. 18 N. 9 a. E. Ihm folgt Lenel ed. perp. §. 243 S. 369 N. 18; und auch ich bin ihm früher gefolgt. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars S. 30 N. 69. S. 288 N. 26a. und Thl. 2 S. 304.

tur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita *Pomponius* et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiatur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc[12]) conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur etc.

Ulpian berichtet die Anſicht, daß man wegen Verhinderung am Fiſchen im Meere die actio iniuriarum gebrauchen könne, und führt als Beweisgrund hierfür die Analogie der verbreiteten Meinung an, wonach die nämliche Klage ſtattfinde, wenn jemand am Gebrauche ſei es einer res publica ſei es der eignen Sache gehindert worden iſt. Zur genauern Beſtimmung des erſtern Falles fügt er dann hinzu, bei der Verhinderung am Gebrauche einer res publica ſei die actio iniuriarum nur dann geeignet, wenn es ſich um eine res in publico usu, alſo um den Gemeingebrauch handle; wer dagegen am Gebrauche, einer von ihm gepachteten res in patrimonio fisci (vel civitatis), einer zum werbenden Vermögen eines Gemeinweſens gehörigen Sache gehindert werde, habe ſtatt der Injurienklage von altersher das interdictum de loco publico fruendo.[12a])

L. 13 §. 7 cit. ſteht demnach der Annahme nicht entgegen, daß l. un. §. 7 cit. von der analogen Anwendung eines Interdictes rede. Es iſt jedoch nicht wohl verſtänd-

12) locum *scr.* M.

12a) Auch ohne die Conjectur Mommſens, der locum ſtatt hoc lieſet, iſt die Auffaſſung des Textes unabweislich, um ſo mehr mit jener. S. auch Czyhlarz in dieſem Commentar Serie der Bücher 41 und 42 Thl. 1 S. 69 N. 89.

lich, wozu eine ſolche hier einträte. Landſeen, Teiche und vollends Tümpel ſind im Gegenſatze zu den flumina publica Gegenſtände des privatrechtlichen Eigenthums; ſtehen ſie im Eigenthume eines Gemeinweſens, ſo fallen ſie, wenn dieſes ſie verpachtet hat, als waſſerbedeckte Grundſtücke unmittelbar unter den Wortlaut unſeres Interdictes.[12b]) So wenig es aber einen Zweck gehabt hätte, für einen zum Ackerbau dienenden locus publicus ſtatt des proponirten Interdictes im Einzelfalle eine die beſondere Art der Bewirthſchaftung bezeichnende Faſſung zu wählen, ebenſo zwecklos dürfte es geweſen ſein, für einen verpachteten lacus publicus das allgemein lautende Interdict mit einer auf die Behinderung in der Fiſcherei abgeſtellten Faſſung zu vertauſchen.

M. E. liegt die richtige Deutung der utilitas des in l. 13 §. 7 erwähnten Interdicts nicht ſo gar fern. Ulpian hat in §. 3 der l. un. geſagt, das interdictum Ut navigare liceat finde nicht ſtatt an einem Privatgewäſſer, ebenſo wenig wie das interdictum Ut ire liceat an einem Privatwege. Nachdem er ſodann in den §§. 4 sq. die Begriffe lacus, stagnum, fossa erklärt und in §. 6 bemerkt hat, derartige Gewäſſer könnten publica ſein, fügt er hinzu, der Pächter eines lacus publicus oder eines stagnum publicum habe wegen Verhinderung an der Fiſcherei allerdings ein wirkſames Interdict.[13])

Wie immer es ſich übrigens mit der Bedeutung des „utile“ in l. un. §. 7 cit. verhalten möge: ſo viel werden wir ihr unter allen Umſtänden entnehmen müſſen, daß unſer Interdict nicht auf Staatsdomänen beſchränkt geblieben iſt.[14])

12b) Vgl. Czyhlarz a. a. O., wo jedoch ſtatt lacus zweimal gedruckt iſt locus.

13) L. un. §. 7 gehört alſo zu den Stellen, welche Thl. 1 dieſer Serie S. 31 N. 69 aufzählt.

14) Damit iſt der von Heimbach a. a. O. S. 561 a. E.

2. Die ſachliche Wirkung unſeres Interdictes umſchließt nicht nur die Summe der ſachlichen [15]) Wirkungen des Uti possidetis und des Unde vi, ſondern geht noch weit über ſie hinaus. Denn einerſeits iſt unſer Interdict, wie wir geſehen haben, auch adipiscendae possessionis; und anderſeits unterliegt allen ſeinen Functionen auch ein ſolcher Gegner, welcher nec vi nec clam nec precario den Beſitz des dem Impetranten verpachteten locus publicus erworben hat oder zu erwerben ſtrebt, — während es umgekehrt dem Impetranten nicht entgegenſteht, daß er den Pachtbeſitz vi, clam oder precario ergriffen hat. [16]) In Beziehung jedoch auf den erforderlichen Beweis iſt unſer Interdict gewiß nicht mit Schmidt [17]) als „ein ſehr ungünſtiges Rechtsmittel" zu bezeichnen. Denn die beiden Thatſachen, welche den Anſpruch des Impetranten begründen, nämlich daß das Grundſtück ein locus publicus, und daß es ihm von der zuſtändigen Behörde verpachtet worden iſt, laſſen ſich durch Auszüge aus den amtlichen Aufzeichnungen über die loca publica und deren Verpachtung unſchwer darlegen, oft ſicherlich weit leichter als die Thatſache eines ſolchen Beſitzes, der nur in einzelnen Ausübungshandlungen beſteht. [17a]) So würden neben unſerm

der Abhandlung über unſer Interdict vermißte Beweis ſeiner Anwendung auf patrimonia civitatis erbracht.

15) D. h. derjenigen Wirkungen, welche das Verhältniß des Impetranten zur Sache ſelbſt betreffen, im Gegenſatze zu den rein proceſſualen Wirkungen, welche ſich an die Duplicität des Uti possidetis und namentlich an die fructus licitatio ſchließen.

16) Unterholzner a. a. O. S. 121 N. i.

17) Bekkers und Muthers Jahrb. Bd. 3 S. 251 N. 10.

17a) In einem ähnlichen Verhältniſſe ſteht heute der Beweis des Eigenthums durch Grundbucheintrag zu dem Beweiſe des Beſitzes der bezeichneten Art.

Interdicte die Besitzinterdicte kaum einen Vortheil geboten haben, — ganz davon zu schweigen, daß nach römischer Auffassung die Verpflichtung zu einem Pachtzinse sich mit juristischem Besitze des Verpflichteten am Pachtgegenstande nicht verträgt. [17b])

In sehr bemerkenswerthem Gegensatze zu unserm Interdicte steht der Besitzschutz des zu einem solarium verpflichteten Superficiars eines locus publicus. Für den Schutz des Superficiars begründet es keinen Unterschied, ob die Superficies an einem privaten oder an einem öffentlichen Grundstücke stattfindet, ob sie mit der Pflicht zur Entrichtung eines solarium verbunden ist oder nicht. Auch die Superficies an einem locus publicus gegen einen Bodenzins wird, wie jede andre, nach Analogie des Sachbesitzes durch das, dem Uti possidetis nachgebildete, interdictum de superficiebus und durch ein interdictum de vi (utile) [18]) geschützt. Fand nun das Aerar darin ausreichende Gewähr für einen geeigneten Bodenzins, bevor noch der Prätor in der Lage war, dem Superficiar die selbst in der spätern Fassung des Edictes nur verheißene, aber nicht proponirte actio [19]) in rem zu ertheilen, so würde nicht minder die Höhe des Pachtzinses für Domänen genügend gesichert gewesen sein, wenn der Domänenpächter als Sachbesitzer oder analog einem solchen geschützt worden wäre: der Prätor hätte schwerlich Anlaß gehabt, unser Interdict zu proponiren. [20])

17b) L. 10 §§. 1 sq. D. de a. p. 41, 2. l. 33 §. 6 D. de usurp. 41, 3.

18) L. 1 §. 5 D. de vi 43, 16. Vgl. Degenkolb Platzrecht und Miethe §. 14 S. 78—92.

19) Vgl. Lenel ed. perp. §. 249 zu N. 8 f.

20) Ganz willkürlich scheint mir die Ansicht Barons, Institutionen §. 93, wonach unser Interdict die Superficies an Grund und Boden des Staates schütze, das inter-

Oder dürfen wir mit Max Weber [21]) annehmen, das interdictum de loco publico fruendo sei neben den Sachbesitzinterdicten für die Großpächter des ager publicus, die „Entrepreneurs," deshalb wünschenswerth gewesen, weil diese das gepachtete Areal an Afterpächter zu vergeben und jedenfalls nicht in vollem Umfange selbst zu bewirthschaften pflegten, „und deshalb das „frui e lege locationis" und nicht das „possidere" Gegenstand des Schutzes" gewesen sei; „und weil der Schutz des Besitzstandes im letzten Wirthschaftsjahr, wie ihn das Possessorium gewährte, ihren Schutz von dem Besitzstande ihrer Afterpächter abhängig gemacht hätte" —? Indessen steht der erste dieser beiden Gründe, sofern ich ihn recht auffasse, völlig in der Luft. Wer an sich als Besitzer eines Grundstücks geschützt wird, verliert diesen Schutz dadurch nicht, daß er das Grundstück verpachtet; solange also nicht dargelegt worden ist, weshalb sich dies bei der Verafterpachtung von Stücken des ager publicus anders verhalten haben sollte, müssen wir dabei beharren, daß die Sachbesitz-Interdicte ungeachtet der Verafterpachtung für den ersten Pächter völlig ausreichend gewesen wären, wenn sie ihm als solchem überhaupt zugestanden hätten. Ob das Schutzmittel auf „possidere" oder auf „frui" lautete, würde dabei ganz gleichgültig geblieben sein. In der That erkennt Webers zweiter Grund im Widerspruche mit dem ersten auch dem verafterpachtenden Domänenpächter grundsätzlich Sachbesitzschutz zu: wie könnte sonst sein Besitzschutz abhängig sein vom Besitzstande seiner Afterpächter? So bleibt denn nur noch der Hinweis auf die kurze Befristung der Besitzinterdicte übrig. In Wahrheit aber kann von solchen nur beim Unde vi die Rede sein: das Uti possi-

dictum de superficiebus die Superficies an Grund und Boden von Gemeinden und Privatpersonen.

21) A. a. O. S. 141 f.

detis findet genau ſolange ſtatt, als entweder der Impetrant ſelbſt, ſei es perſönlich, ſei es durch einen Stellvertreter, beſitzt, oder umgekehrt der vitio von ihm beſitzende Impetrat. Reichten jedoch nach Webers eigner Anſicht die Sachbeſitzinterdicte trotz dieſen Beſchränkungen für den ſelbſt wirthſchaftenden Kleinpächter einer Domäne aus, ſo iſt nicht zu verſtehen, wieſo ſie für den verafterpachtenden Großpächter nicht ausreichten.

In der That aber fehlt jegliche Spur davon, daß der Domänenpächter je der Sachbeſitzinterdicte ſich habe bedienen können. Und das begreift ſich ebenſo wie die Aufſtellung unſeres Interdictes ſelbſt überaus einfach mittels der Annahme, daß letzteres älter iſt, als jene. [22])

Als Pacht galt aber nicht nur ein nach vorgängiger Verhandlung zwiſchen der zuſtändigen Behörde und einem Privaten abgeſchloſſener Vertrag über die Fruchtziehung von einem locus publicus gegen Geld- oder Fruchtzins, ſondern auch das Verhältniß, welches an dem der Einzelnutzung [23]) gewidmeten ager publicus dadurch begründet wurde, daß ein Bürger einen Theil desſelben zur Bewirthſchaftung occupirte, indem er dafür die Verpflichtung übernahm, eine beſtimmte Abgabe an das Aerar zu leiſten. [24]) Schon hiernach kann es nicht als blinder Zufall erſcheinen, ſondern

22) Dies hat ſchon Unterholzner a. a. O. S. 121 nach N. k vermuthet. — Vielleicht darf ein Hinweis darauf, daß den claſſiſchen Juriſten das hohe Alter unſers Interdictes nicht unbekannt war, in den S. 292 mitgetheilten Worten der l. 13 §. 7 D. de iniur. 47, 10 gefunden werden, die es auf die veteres zurückführen.

23) Eine ſolche iſt auch das Auftreiben von Vieh auf die Gemeindeweide.

24) Mommſen römiſches Staatsrecht Bd. 3 S. 86 ff. unter d und e S. 1115. vgl. Bd. 2 2. Aufl. S. 454. 3. Aufl. S. 461.

muß als selbstverständliche Nothwendigkeit gelten, daß keine Quellenstelle demjenigen, der ein Stück des ager publicus zur Nutzung occupirt hat, die Interdicte des Sachbesitzes beilegt. In der That haben diese Interdicte mit dem Verhältnisse jenes Occupanten am ager publicus schlechterdings keinen Zusammenhang. Ist doch sein Verhältniß ein rechtlich titulirtes und mit dem Titel vererbliches, — also das gerade Gegentheil von dem rein thatsächlichen Verhältnisse des Sachbesitzers, welches erst durch den ihm gewährten Besitzschutz zum rechtlichen wird. So läßt sich m. E. füglich nicht einmal geschichtlich die Entstehung der Interdicte für den Sachbesitz aus dem Verhältnisse des Occupanten zum ager publicus herleiten: die bezeugte Gestalt jener Interdicte steht auf einem grundsätzlich ganz verschiedenartigen Boden. [25]) Hieran ändert auch die Thatsache nichts, daß das Verhältniß des Occupanten zum ager publicus

25) So mit aller Bestimmtheit bereits Puchta Cursus der Institutionen §. 227. — A. M. neuerdings namentlich Dernburg Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts. Halle 1883. §. 2. Die possessio am römischen Gemeinland S. 5—12. Derſ. Pandekten Thl. 1 §. 171 3. Aufl. S. 398 f. und S. XX zu S. 398 N. 3. Max Weber a. a. O. S. 90 f. Hier ist offen ausgesprochen, daß die Besitzinterdicte in ihrer vermeintlichen Anwendung auf den ager publicus definitive Rechtsmittel gewesen seien. Da ist doch wohl die Frage erlaubt: worin steckt ihre Wesensgleichheit mit den geschichtlich bezeugten Interdicten zum Schutze des Sachbesitzes? Die Entstehung der letzteren wird sicherlich nicht erklärt durch die Annahme eines Gebildes, welches in entscheidenden Puncten eine ganz abweichende Structur zeigt.

Vgl. dagegen namentlich Mommsen a. a. O. Bd. 1 2. Aufl. S. 163 N. 1. 3. Aufl. S. 170. v. Ihering der Besitzwille S. 124 f. N. 1.

auch technisch possessio heißt, und daß deshalb der Wortlaut der Besitzinterdicte auch auf jenes Verhältniß passen würde.[25a])

Ebenso muß gemäß der von den meisten römischen Juristen gebilligten Ansicht, wonach die Erbpacht eine Unterart der locatio conductio bildet,[26]) unser Interdict als das gegebene Schutzmittel des Erbpächters eines locus publicus gelten.[26a]) Es darf hier dahingestellt bleiben, ob jemals auf Rechnung des aerarium Populi Romani Staatsdomänen gegen einen wirklichen Grundzins[27]) unbefristet verpachtet worden sind.[28]) Denn zweifellos begegnet uns die Erbpacht an Grundstücken der Municipien bereits in classischer Zeit,[29]) während sie auf Privatgrundstücke im römischen Rechte wenn überhaupt, so doch erst spät angewandt worden ist.[30])

25a) A. M. Schmidt a. a. O. S. 251 N. 10.

26) Gai. III, 145: magis placuit locationem conductionemque esse.

26a) v. Savigny das Recht des Besitzes §. 47 7. Aufl. S. 498 N. 3 a. E. Vay de originibus et natura iuris emphyteutici Romanorum. Heidelb. 1838 p. 73 n. 141. Arndts in Weiskes Rechtslexikon Bd. 3 S. 861 N. 68.

27) Im Gegensatze zu dem Nominalzinse Eines As für den Morgen, der mehrfach bekundet ist. Mommsen a. a. O. Bd. 2 2. Aufl. S. 453 f. 3. Aufl. S. 459. vgl. Bd. 1 2. Aufl. S. 232. 3. Aufl. S. 240.

28) Mommsen a. a. O. will dies höchstens als Ausnahmsfall anerkennen. Vgl. auch Bd. 1 2. Aufl. S. 230. 3. Aufl. S. 239. A. M. Max Weber a. a. O. S. 151.

29) Hygin. (unter Trajan) de cond. agr. ed. Lachm. p. 116 v. 5—15. Plin. ep. VII, 18, 2 sq. Gai. III, 145 cit. — Vgl. Mommsen a. a. O. Bd. 2 2. Aufl. S. 453 N. 2.

30) Vgl. l. 1 Cod. de emphyt. iure 4, 66 (Zeno 476—484).

Der Behauptung Schmidts, [30a]) unſer Interdict könne nicht füglich für den ager vectigalis eingeführt ſein, ſtellen wir freilich nach dem Geſagten Widerſpruch nicht entgegen. Wohl jedoch müßten wir ihm widerſprechen, ſofern er auch die Erſtreckung des Interdicts auf den ager vectigalis deshalb leugnen ſollte, „weil locus nicht Grundſtück, ſondern Platz, Stück eines Grundſtücks im eigentlichen Sinne" bedeute, und es durchaus uneigentlich ſei, „wenn die ſpätere Zeit unter dem locus publicus auch den ager publicus" verſtehe. Es iſt nämlich hierbei außer Acht gelaſſen, daß dieſe Begriffsbeſtimmung nach Angabe der ſie mittheilenden l. 2 §. 3 D. ne quid in loco publ. 43, 8 bereits von Labeo ſtammt, der ſie ohne Zweifel mit Rückſicht auf den thatſächlichen Gebrauch des Ausdrucks gebildet hat.

Galt aber unſer Interdict auch für den ager vectigalis, ſo begreift ſich zugleich, weshalb die Quellen des römiſchen Rechtes ein Zeugniß ſo wenig für den Sachbeſitz [31]) des Erbpächters enthalten, als für eine geſchützte

M. E. iſt es durchaus nicht geboten, aus den allgemeinen Ausdrücken dieſer Stelle und des ihren Inhalt wiedergebenden §. 3 J. de locat. 3, 24 zu folgern, daß die Emphyteuſis auch bei Privatgrundſtücken gewöhnlich geworden war, wie es v. Savigny a. a. O. 7. Aufl. S. 117 thut, und nach ihm Arndts a. a. O. S. 850 N. 10.

Die Grundſtücke der Kirchen, auf welche die Emphyteuſe ſchon im 4. Jahrhundert n. Chr. angewandt worden iſt, haben in dieſer Beziehung wohl von jeher als loca publica gegolten.

30a) Bekkers und Muthers Jahrb. Bd. 3 S. 251 N. 10.

31) Daß l. 15 §. 1 D. qui satisdare 2, 8 (Macer lib. 1. de appell.) ein ſolches Zeugniß nicht iſt, ſollte nicht beſtritten werden. Possessor autem is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet aut ex asse aut pro parte . sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intellegitur . item

iuris quasi possessio desselben: solange die Erbpacht sich auf öffentliche Grundstücke beschränkte, machte für sie unser Interdict die Besitzschutzmittel vollkommen überflüssig; die Zeit aber, zu welcher sie möglicherweise auch bei Privatgrundstücken Anwendung fand, war nicht danach angethan, jedes neu auftauchende Bedürfniß nach weiterer Rechtsentwickelung zu befriedigen.

Umgekehrt jedoch erwächst ein anscheinend wohl begründeter Zweifel gegen die Anwendung unseres Interdictes auf den ager vectigalis im technischen Sinne aus seinem Verhältnisse zu der dem Erbpächter im Edicte ebenfalls proponirten[31a]) in rem actio. Auch das Interdict ist, wie wir gleich sehen werden, [31b]) ein endgültiger Rechtsbehelf; als solcher verbindet es die Functionen der rei vindicatio utilis und der negatoria utilis des Erbpächters. [31c]) Da ihm nun obendrein der

qui solam proprietatem habet, possessor intellegendus est . eum vero, qui tantum usum fructum habet, possessorem non esse Ulpianus scripsit. Für die Befreiung von einer processualischen Realcaution ist es ganz gleichgültig, ob derjenige, welcher sie beansprucht, den Interdictenschutz des Sachbesitzers hat oder nicht. So kommt sie nach §. 3 l. cit. wegen eines fundus dotalis, der sich im Besitze des Ehemanns befindet, auch der Ehefrau zu, die doch sicherlich an diesem fundus Besitz nicht hat. Das Entscheidende ist die Grundansässigkeit; und eben diese ist auch beim Erbpächter vorhanden. Vgl. Arndts a. a. O. S. 859 zu N. 57 ff.

31a) L. 66 pr. D. de evict. 21, 2: ea actione, quae de fundo vectigali proposita est. L. 15 §. 26 D. de damn. inf. 39, 2: vectigali actione uti poterit. Lenel ed. perp. §. 70 S. 146 N. 7.

31b) Unter Ziffer 3 zu N. 33.

31c) Da unser Interdict auch als adipiscendae possessionis wirken kann, so liegt in ihm der unwiderlegliche Beweis dafür, daß das dingliche Recht des Erbpächters Tradition des Erbpachtgutes nicht voraussetzt.

Vorzug des Interdictenverfahres zukommt, so erscheint die Concurrenz jener actiones mit ihm zwecklos.[31d]) Erinnern wir uns jedoch, daß unser Interdict zum Schutze des Erbpächters nur von denjenigen zugelassen werden durfte, welche die Erbpacht für eine Unterart der locatio conductio hielten, so ergiebt sich das Bedürfniß, der Erbpacht auch für die entgegengesetzte Meinung, nach welcher sie ein Fall des Kaufvertrages ist, Schutz zu gewähren.[31e]) Die Form dieses Schutzes zeigt zugleich, daß sein Bedürfniß erst zu einer Zeit anerkannt worden ist, als der Prätor bereits unmittelbar neue Rechtsbehelfe aufzustellen vermochte. Hielt man auch gegenüber jener in rem actio einen Besitzschutz des Erbpächters für unnöthig, so begreift sich das gewiß am besten aus der Leichtigkeit des dem Kläger obliegenden Beweises.

3. Edictsmäßige Voraussetzung unseres Interdictes ist es, daß die Verpachtung der Domäne, um welche es sich handelt, von der zuständigen Behörde vorgenommen worden ist.[32])

Der Schutz des Interdictes aber ist laut dessen Fassung an den Inhalt des Pachtvertrages gebunden, wie es l. 1 cit. §. 3 h. t. näher erläutert:

Ait praetor „quo minus e lege locationis frui liceat“ . merito ait „e lege locationis“: ultra legem

31d) Man müßte denn den Zweck der rei vindicatio utilis in den personales praestationes aus der Zeit vor der Klagerhebung erblicken.

31e) Die Aufstellung der Klage hat also einen ganz ähnlichen Grund, wie die Aufstellung der actio aestimatoria. L. 1 pr. D. de aestim. 19, 3.

32) Hinsichtlich dieser Behörde s. Mommsen a. a. O. Bd. 1 2. Aufl. S. 230 vgl. mit S. 175. Bd. 2 2. Aufl. S. 422 N. 4. S. 429 ff. S. 542 N. 1. S. 978 f. Vgl. auch Heimbach a. a. O. S. 559 f. zu N. 326 ff.

enim vel contra legem non debet audiri, qui frui desiderat.

Durch beide Umstände kennzeichnet sich unser Interdict als auf endgültige Entscheidung gerichtet, proprietatis causam continens. [33]) Auch hierin liegt ein wichtiger Unterschied unseres Interdicts von dem interdictum de superficiebus: letzteres ist nur provisorisch. [34])

An der Pacht größerer Domänen, die in Einem Stücke verpachtet wurden, betheiligten sich herkömmlich Gesellschaften, und zwar so, daß ein Gesellschafter oder eine kleine Anzahl von ihnen mit der Staatscasse den Pachtvertrag abschloß, während die andern sich für die daraus erwachsenden Verbindlichkeiten als praedes verbürgten. Wie nun gemäß dem Gesellschaftsvertrage die Letzteren an den Vortheilen des Pachtverhältnisses theilnehmen sollten, so erschien es zweckmäßig kraft der Fassung unsers Interdictes auch ihnen unmittelbar dessen Schutz zu gewähren. Selbstverständlich hatten sie um dem Interdicte Erfolg zu verschaffen außer dessen regelmäßigen Voraussetzungen ihr Gesellschaftsverhältniß zum Pächter (manceps) darzulegen. Uebrigens ist bei der von uns aufgestellten Erklärung des Interdicts nicht der geringste Anlaß vorhanden, aus der Erstreckung seiner Formel auf den Gesellschafter des Pächters zu folgern, [35]) daß „es wesentlich im Interesse der Großpächter, der Entrepreneurs, erlassen" worden sei. — Beantragten der Pächter und sein Gesellschafter gleichzeitig den Erlaß des Interdictes, so wurde dieses dem Pächter ertheilt.

33) S. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1835a Ziffer 15 S. 108 f. zu N. 32 f. Degenkolb a. a. O. S. 103 f.

34) S. das. Ziffer 25 S. 157 f. Degenkolb a. a. O. S. 5 ff.

35) Wie es thut Weber a. a. O. S. 141.

L. 1 cit. §. 2 h. t.:

Sed si simul veniant ad interdictum movendum ipse, qui conduxerit, et socius eius, magis est, ut ipse conductor praeferatur.

Als prohibitorisch ist das Interdict grundsätzlich nur gerichtet auf das Verbot der Störung des Pachtgenusses für die Zukunft. Insofern aber die Fortdauer eines vom Impetraten selbst vor Erlaß des Interdictes geschaffenen Zustandes als edictswidrig erscheint, verpflichtet unser Interdict, wie andre auf vim fieri veto lautende Interdicte, den Impetraten selbstverständlich auch zur Beseitigung jenes Zustandes. [36])

4. Scheinbar außer allem Zusammenhange mit unserm Interdicte steht l. 2 h. t.:

(*Paul.* lib. 5. sent.) Concedi solet, ut imagines et statuae, quae ornamenta [37]) rei publicae sunt futurae, in publicum ponantur.

Nach Vorgang von Petrus Pithoeus hält Schulting [38]) diese Stelle in der That für eine lex fugitiva. Auf solchen öffentlichen Grundstücken, welche verpachtet werden —, und auf solche bezieht sich unser Titel ja, — pflegen Bilder und Bildsäulen nicht aufgestellt zu werden; dies geschehe vielmehr auf Grundstücken, welche dem Gemeingebrauche unterliegen. Demnach habe l. 2 vielmehr in einen der beiden vorhergehenden Titel gehört.

Vielleicht aber gelingt es, die Berechtigung der l. 2, in unserm Titel zu stehen, dann herauszufinden, wenn wir aus der Thatsache, daß sie nun einmal darin steht, die

36) Vgl. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1837 Ziffer 63 S. 369 ff.

37) ornamen*to* scr. M.

38) Jurisprudentia vetus ante-iustinianea ad Paul. Sent. Recept. lib. V tit. VI n. 4 und Notae ad pand. ad h. l.

Schlußfolgerung ziehen, auch der in ihr behandelte Thatbestand genieße den Schutz unseres Interdictes. Diese Schlußfolgerung nämlich drängt zu der Frage, ob und weshalb denn unser Interdict hier nothwendig sei. Und um jene Frage zu beantworten, müssen wir uns über das Rechtsverhältniß unterrichten, in welchem sich die erlaubterweise in publico aufgestellten Bildsäulen und dergl. befinden.

Hierüber nun belehren uns folgende Quellenstellen:

L. 41 D. de a. r. d. 41, 1:

(*Ulp.* lib. 9. ad ed.) Statuas in civitate positas civium non esse, idque *Trebatius* et *Pegasus*: [39]) dare tamen operam praetorem oportere, ut, quod ea mente in publico positum est, ne liceret privato auferre, nec ei, qui posuerit. tuendi ergo cives erunt et adversus petentem exceptione et actione adversus possidentem iuvandi.

L. 23 D. de exc. 44, 1:

(*Labeo* lib. 6. pithanon a *Paulo* epitomatorum.) *Paulus*: Si quis statuam in municipio ea mente posuit, ut ea municipii esset, et eam petere vult, excludi eum oportet praescriptione in factum data.

L. 29 D. de reb. auct. 42, 5:

(*Paul.* lib. 5. ad leg. Jul. et Pap.) *Fufidius* [40]) refert statuas in publico positas bonis distractis [41]) eius, cuius in honorem positae sunt, non esse emptoris bonorum eius, sed aut publicas, si ornandi municipii causa positae sint, aut eius, cuius in honorem positae sint: et nullo modo eas detrahi posse.

39) aiunt fügt die erste Correctur der Florentina bei.

40) Ueber diesen s. Krüger Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts S. 156 f. zu N. 81 ff.

41) Ursprünglich: venditis.

L. 11 §. 1 D. quod vi 43, 24:

(*Ulp.* lib. 71. ad ed.) Quaesitum est, si statuam in municipio ex loco publico quis sustulerit vel vi vel clam, an hoc interdicto teneatur. et exstat *Cassii* sententia, eum, cuius statua in loco publico in municipio posita sit, Quod vi aut clam agere posse, quia interfuerit eius eam non tolli: municipes autem etiam furti acturos, quia res eorum sit quasi publicata: si tamen deciderit, ipsi eam detrahunt: [42]) et haec sententia vera est.

Wir finden hier zunächſt den Hinweis auf die Abſicht, in welcher die Aufſtellung einer Bildſäule in publico geſchieht. Sie kann dahin gehen, das Eigenthum an der Bildſäule auf die Gemeinde zu übertragen, [43]) — aber auch, wie ſich aus dem vorausgeſetzten Gegenſatze ergiebt, dahin, daß die Bildſäule Eigenthum deſſen ſei, dem zu Ehren ſie geſetzt worden iſt, [44]) oder endlich dahin, daß ſie Eigenthum deſſen bleibe, der ſie geſetzt hat.

Im erſten Falle könnte es überraſchend erſcheinen, daß ungeachtet der darauf gerichteten Abſicht des Setzenden das Eigenthum der Bildſäule auf die Gemeinde nicht übergeht, jene Abſicht vielmehr nur kraft beſonderer Hülfe des Prätors verwirklicht wird. [45]) Indeſſen findet dies ſeine

42) Mommſen ſchlägt vor, etwa ſo zu leſen: nam ipsi eam reficiunt, si vetustate deciderit, ipsi eam detrahunt.

43) L. 41 cit.: ea mente (sc. ut civium esset); l. 23 cit.: ea mente, — ut ea municipii esset; l. 11 §. 1 D. cit.: quia res eorum sit quasi publicata; l. 29 cit.: publicas, si ornandi municipii causa positae sint.

44) L. 29 cit.: aut eius, cuius in honorem positae sint.

45) Es darf keinem Zweifel unterliegen, daß eben nur dieſer Erfolg in l. 29 und l. 11 §. 1 citt. gemeint iſt: haben ſie doch Paulus und Ulpian zu Verfaſſern, die in

Erklärung in der Ansicht der Römer, wonach eine juristische Person nicht unmittelbar Besitz, folglich auch nicht durch Tradition Eigenthum zu erwerben vermag.[46]) Uebrigens wird auch in diesem Falle dem durch die Bildsäule Geehrten gegen denjenigen, der sie eigenmächtig weggenommen hat, das restitutorische interdictum Quod vi aut clam gegeben.

In den beiden anderen Fällen darf die Bildsäule nur aus dem Grunde auf einem öffentlichen Platze stehen, weil die zuständige Behörde und, sofern diese nicht zugleich namens der Gemeinde verfügt, auch die Gemeinde selbst die Erlaubniß dazu ertheilt hat, m. a. W. vermöge eines Vertrages mit der Gemeinde. Sofern dieser Vertrag die Gemeinde verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, daß die Bildsäule an dem für sie bestimmten Standorte wirklich aufgestellt werde und unbeschädigt dort bleibe, würde freilich der Eigenthümer sich wegen Verhinderung der Aufstellung und wegen Beschädigung oder Entfernung der Bildsäule an die Gemeinde zu halten vermögen. Allein nicht immer übernimmt die Gemeinde jene Verpflichtung; und auch da, wo sie es gethan hat, kann dem Eigenthümer daran liegen, unmittelbar die Aufstellung Dritten gegenüber erzwingen, eine drohende Beschädigung oder gar Entfernung der Bildsäule abwehren zu können.

Als hierzu geeignetes Schutzmittel möchte man nun zunächst das interdictum de superficiebus ansprechen. Aber abgesehen davon, daß mit diesem interdictum retinendae possessionis die erste Aufstellung der Bildsäule nicht zu erreichen wäre, eignet sich auch die Fassung desselben,

l. 23 und l. 41 citt. den Eigenthumsübergang auf das bestimmteste leugnen.

46) L. 1 §. 22 D. de a. p. 41, 2 und dazu oben Tit. 7 Ziffer 6 S. 79 ff.

welche auf ein frui des zu Superficiarrecht eingeräumten Gegenstandes geht,[47]) schwerlich für jene Fälle. Dagegen steht hier die Fassung unseres Interdictes auf loco publico frui ihrer Anwendung nicht entgegen. Und so werden wir es für sie getrost in Anspruch nehmen dürfen, — selbstverständlich mit der Maßgabe, daß da, wo für die Benutzung des Standortes der Bildsäule ein Miethzins nicht entrichtet wird, eine dem thatsächlichen Verhältnisse entsprechende Abänderung des Wortlautes eintritt, m. a. W. das Interdict als utile ergeht.

5. An der heutigen Anwendbarkeit unseres Interdictes ist nicht zu zweifeln. Allerdings haftet heute der Staat aus seinen Verpachtungen geradeso wie jeder Einzelne, und es ist damit der Anlaß zur Aufstellung dieses Rechtsbehelfes weggefallen. Allein daraus folgt um so weniger, daß auch er selbst weggefallen ist, als ja schon die Römer, wie wir gesehen haben,[48]) ihn auf Verpachtungen seitens der Municipien erstreckt hatten, für die jener Anlaß nie bestand.

Vielmehr zeigen mehrere Entscheidungen in Seufferts Archiv,[49]) daß unser Interdict in der Gegenwart ein neues Anwendungsgebiet gefunden hat, nämlich in der Pacht einer fiscalischen, Domanial- oder Gemeinde-Fischerei in einem flumen publicum, welche, nach römischem Rechte wegen des usus publicus an flumina publica undenkbar, nach deutschem Rechte etwas sehr Gewöhnliches ist.

Anderseits sei übrigens nicht minder erwähnt, daß nach dem völligen Verschwinden der Eigenthümlichkeiten des

47) Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 54 f. Zustimmend Lenel ed. perp. §. 249 N. 5.

48) S. oben Ziffer 2 S. 289 f.

49) VIII, Nr. 261 (OAG. Jena 1841); XVII, Nr. 224 (OAG. Wolfenbüttel 1864); XLII, Nr. 32 (OLG. Braunschweig 1884).

Interdictenverfahrens für die Erbpacht von loca publica der Unterſchied zwiſchen unſerm Interdicte und der nach den Umſtänden begründeten rei vindicatio utilis oder negatoria utilis des Erbpächters kaum noch Bedeutung hat. Auch bei unſerm Interdicte iſt heute gemäß der Billigkeit Erſatz zu leiſten für ſolchen Schaden aus der Zeit vor der Klagerhebung, welcher auf ein Verſchulden des Gegners zurückgeführt werden kann: [50]) damit ſind alle personales praestationes der in rem actio aus jener Zeit gedeckt, [51]) mit alleiniger Ausnahme der Pflicht des bonae fidei possessor, die fructus exstantes herauszugeben.

Wenn gemäß dem Entwurfe eines bürgerlichen Geſetzbuches für das deutſche Reich §§. 819 f. jedem Pächter Beſitzſchutz gewährt ſein wird, ſo iſt damit unſerm Interdicte der Boden entzogen; die ihm innewohnende Function adipiscendae possessionis dürfte ſchwerlich ausreichen, ihm die Berechtigung zu weiterm Daſein zu ſichern.

50) S. Thl. 2 dieſer Serie des Commentars §. 1840a Ziffer 129 S. 517.

51) Vgl. oben Ziffer 2 S. 302 N. 31d.

Lib. XLIII. Tit. X.

De via publica et si quid in ea factum esse dicatur.

Basil. LVIII, 8.

Dieſen Titel bildet ein einziges Bruchſtück aus einer griechiſchen Schrift Papinians, welche im index Florentinus als *ἀστυνομικὸς βιβλίον ἓν* aufgeführt iſt. In manchen Ausgaben, namentlich in der Haloanderſchen, iſt unſer Bruchſtück als l. 3 in den Zuſammenhang des folgenden Titels geſchoben, und die ſo vereinigten Titel haben die Rubrik erhalten De via publica, et si quid in ea factum esse dicatur, et de ea ex edicto aedilium curulium a singulis reficienda. Wo dies geſchehen iſt, ergiebt ſich dann für die weiteren Titel des 43. Buches der Digeſten gegenüber der gewöhnlichen Zählung eine um Eins geringere Ziffer.

Der Inhalt unſeres Titels kann als rein polizeilich praktiſche Geltung nicht beanſpruchen; immerhin aber bietet er ſo viel culturgeſchichtliches Intereſſe, daß er hier kurz beſprochen werden darf.

L. un. pr. (*Ἐκ τοῦ ἀστυνομικοῦ μονοβίβλου τοῦ Παπινιανοῦ*):

Οἱ ἀστυνομικοὶ ἐπιμελείσθωσαν τῶν κατὰ τὴν πόλιν ὁδῶν, ὅπως ἂν ὁμαλισθῶσιν καὶ τὰ ῥεύματα μὴ βλάπτῃ τὰς οἰκίας καὶ γέφυραι ὦσιν οὗ ἂν δέῃ.

Unter den *ἀστυνομικοί* oder *ἀστυνόμοι*, wie sie in §. 2 heißen, sind nicht mit der versio vulgata die Aedilen zu verstehen, die von den Griechen niemals so, vielmehr feststehend *ἀγορανόμοι* genannt werden. Aber auch die municipalen curatores rei publicae der Kaiserzeit,[1]) können nicht wohl gemeint sein. Denn Papinian bezeichnet die von ihm gemeinte Behörde als eine collegialische; auch haben diese curatores mit der Straßenpolizei nichts zu thun.[2]) Ebenso wenig ist an eine Municipalbehörde zu denken, da die zahlreichen juristischen Instructionsschriften, zu denen unser liber singularis gehört, sich sämmtlich auf Reichsbeamte oder doch auf vom Kaiser ernannte Beamte beziehen. Alle diese Bedenken fallen weg bei den quattuor viri viis purgandis; und deren Zuständigkeit ist hinsichtlich der Straßenreinigung der ädilicischen gleich.[3])

Jene Beamten sollen dafür sorgen, daß die Straßen in der Stadt eben gehalten werden, die ablaufenden Flüssig-

1) Wie Kuhn, die städtische und bürgerliche Verfassung des römischen Reichs Thl. 1 S. 58 f. zu N. 399—408, annimmt und nach ihm auch Mommsen, römisches Staatsrecht Bd. 2 2. Aufl. S. 488 N. 1, annahm, indem er daneben auch auf die hauptstädtischen curatores operum publicorum hinwies. Daß der hauptstädtische Prätor, den Dio Cassius *ἀστυνόμος* nennt, nicht gemeint sein kann, ist selbstverständlich.

2) Ueber ihre Zuständigkeit s. Mommsen a. a. O. 2. Aufl. S. 1033 ff. 3. Aufl. S. 1082 ff., und über diejenige der curatores operum publicorum, die als Leiter des hauptstädtischen Bauwesens in der Kaiserzeit an die Stelle der Censoren getreten sind, das. 2. Aufl. S. 433. S. 435. S. 443 f. N. 5. S. 991. S. 1002. S. 1006.

3) Mommsen a. a. O. Bd. 2 3. Aufl. S. 603 N. 4. S. 498 N. 1. S. 505 N. 2.

keiten die Gebäude nicht ſchädigen, und, wo erforderlich, Uebergänge [4]) vorhanden ſeien.

L. un. §. 1: *Ἐπιμελείσθωσαν δὲ, ὅπως οἱ ἴδιοι τοῖχοι ἢ τῶν ἄλλων* [5]) *ἢ τῶν περὶ τὰς οἰκίας ἃ εἰς τὴν ὁδὸν φέρει, μὴ σφαλερὰ ᾖ, ἵνα ὡς δεῖ καθαιρῶσιν οἱ δεσπόται τῶν οἰκιῶν καὶ ἐπισκευάζωσιν . ἐὰν δὲ μὴ καθαιρῶσιν καὶ ἐπισκευάζωσιν, ζημιούτωσαν αὐτοὺς, ἕως ἂν ἀσφαλῆ ποιήσωσιν.*

Weiter ſollen die genannten Beamten dafür ſorgen, daß die Mauern der Privatgebäude und andere Gebäudetheile, welche die Straße berühren, nicht ſchadhaft ſeien, und daß die Hauseigenthümer alle jene Gebäudetheile gehörig reinigen und imſtande erhalten; andernfalls ſollen ſie dieſelben in Strafe nehmen, bis ſie ihre Gebäude in einen gefahrloſen Zuſtand gebracht haben.

L. un. §. 2: *Ἐπιμελείσθωσαν δὲ, ὅπως μηδεὶς ὀρύσσῃ τὰς ὁδοὺς μηδὲ χωννύῃ μηδὲ κτίσῃ εἰς τὰς ὁδοὺς μηδὲν. εἰ δὲ μὴ ὁ μὲν δοῦλος ὑπὸ τοῦ ἐντυχόντος μαστιγοῦσθω, ὁ δὲ ἐλεύθερος ἐνδεικνύσθω τοῖς ἀστυνόμοις, οἱ δὲ ἀστυνόμοι ζημιούτωσαν κατὰ τὸν νόμον καὶ τὸ γεγονὸς καταλυέτωσαν.*

Ferner ſollen die Beamten darauf achten, daß niemand in den Straßen grabe, etwas aufſchütte oder baue. Ein Sklav, welcher dergleichen thut, ſoll von demjenigen, der ihn dabei ertappt, gegeißelt, ein freier Menſch den Beamten angezeigt werden; dieſe aber haben ihn in die geſetzliche Buße zu nehmen und das Ergebniß ſeines Thuns zu beſeitigen.

L. un. §. 3: *Ἐπισκευάζειν δὲ τὰς ὁδοὺς τὰς*

4) *Γέφυραι* kann ſowohl Brücken als Dämme bedeuten; die Vulgata wie Mommſen überſetzen pontes.

5) *ἢ τῶν ἄλλων del.* M. sec. Hercher.

δημοσίας κατὰ τὴν ἑαυτοῦ οἰκίαν ἕκαστον καὶ τὰς ὑδρορρόας ἐκκαθαίρειν τὰς ἐκ τοῦ ὑπαιθρίου καὶ ἐπισκενάζειν οὕτως, ὡς ἂν μὴ κωλύῃ ἅμαξαν ἐπιέναι . ὅσοι δὲ μισθωσάμενοι οἰκοῦσιν, ἐὰν μὴ ἐπισκευάσῃ ὁ δεσπότης, αὐτοὶ ἐπισκευσάντες ὑπολογιζέσθωσαν τὸ ἀνάλωμα κατὰ τὸν μισθόν.

Die öffentlichen Straßen aber muß jeder längs seinem Hause imstande halten und die offenen Gossen reinigen und derart imstande halten, daß ein Wagen ungehindert fahren kann. Wenn der Hauseigenthümer die Instandhaltung unterläßt, so sollen die Miethsleute, welche dieselbe vornehmen, ihre Unkosten am Miethzinse abziehen.

L. un. §. 4: *Ἐπιμελείσθωσαν δὲ καὶ, ὅπως πρὸ τῶν ἐργαστηρίων μηδὲν προκείμενον ᾖ, πλὴν ἐὰν κναφεὺς ἱμάτια ψύχῃ ἢ τέκτων τροχοὺς ἔξω τιθῇ . τιθέσθωσαν δὲ καὶ οὗτοι, ὥστε μὴ κωλύειν ἅμαξαν βαδίζειν.*

Sorge sollen die Beamten auch dafür tragen, daß nichts vor den Werkstätten liege. Doch darf ein Walker Kleidungsstücke trocknen, ein Wagner Räder vors Haus stellen, indessen auch sie nur mit der Maßgabe, daß ein Fuhrwerk nicht an der Bewegung gehindert werde.

L. un. §. 5: *Μὴ ἐάτωσαν δὲ μηδὲ μάχεσθαι ἐν ταῖς ὁδοῖς μηδὲ κόπρον ἐκβάλλειν μηδὲ νεκρὰ ηηδὲ δέρματα ῥίπτειν.*

Auch sollen die Beamten nicht dulden, daß Raufereien auf den Straßen stattfinden, daß Mist auf sie herausgeworfen, noch Aas oder Felle dort abgelegt werden.

Eine Vergleichung dieser Ausführung Papinians mit den Vorschriften der lex Julia municipalis über die Straßenpolizei [6]) zeigt, daß schon nach jenem Gesetze

6) Vgl. Mommsen röm. Staatsrecht Bd. 2 2. Aufl. S. 494 f.

v. 20—23 die Unterhaltungspflicht der Straßen in Rom und deſſen nächſter Umgegend die Eigenthümer der anliegenden Häuſer traf, bei geweihten oder öffentlichen Gebäuden die Staatscaſſe v. 29—32. Der einzelne Aedil, dem nach jenem Geſetze durch Uebereinkunft mit ſeinen Collegen oder durch das Loos das beſtimmte Stadtquartier zugetheilt worden war (v. 24—28), hatte zu prüfen, ob die Pflichtigen ihrer Obliegenheit genügt hatten (v. 20—24). Von einem Eintreten der Miethsleute ſagt die lex Julia nichts. Findet der Aedil, daß ein Pflichtiger die Inſtandhaltung der Straße nicht gehörig bewirkt habe, ſo ſoll er ſie auf des Pflichtigen Koſten, unter Beobachtung beſtimmter Friſt und Form, verdingen; und wenn der Pflichtige nicht innerhalb der erſten 30 Tage, nachdem er Kunde von der Ertheilung des Zuſchlags erhalten hat, dem Uebernehmer den bedungenen Betrag zahlt oder ſicher ſtellt, ſo darf dieſer jenen Betrag mit 50 Procent Aufſchlag einklagen (v. 32—45).

Außerdem enthält das Geſetz noch verſchiedene in unſerm Titel nicht behandelte Einzelbeſtimmungen hinſichtlich der Pflaſterung der Bürgerſteige (v. 53—55) und des Wagenverkehrs (v. 55—67) ſowie das Verbot, öffentliche Plätze und Säulengänge zu verbauen, zuzuſtellen, abzuzäunen oder abzuſchließen (v. 68—73).

Es iſt nicht erſichtlich, ob, abgeſehen von der Beſtimmung der zuſtändigen Behörde, jene Vorſchriften der lex Julia ſpäter aufgehoben oder nur zufällig in die Pandekten nicht aufgenommen worden ſind.

Auf jeden Fall erhalten wir das Bild zweckmäßiger ſtraßenpolizeilicher Verordnungen, die heutzutage keineswegs überall übertroffen werden.

Lib. XLIII. Tit. XI.

De via publica et itinere publico reficiendo.[1])

Basil. LVIII, 8.

1. Die Ausbeſſerung eines öffentlichen Weges hat der Prätor unter den Schutz eines beſondern prohibitoriſchen Interdictes geſtellt, von welchem das erſte der drei Bruchſtücke dieſes Titels handelt.

L. 1 pr. h. t. giebt den Wortlaut des Interdicts.

Ulpian. lib. 68. ad ed.: Praetor ait: „Quo minus illi viam publicam iterve publicum aperire reficere liceat, dum ne ea via idve iter deterius fiat, vim fieri veto.“

Lenel bemerkt unter Bezugnahme auf die Begriffsbeſtimmungen, welche in §. 1 nicht nur für aperire und reficere ſich finden, ſondern zwiſchen beiden auch für purgare, es ſei bei Mittheilung des Interdictes im principium vielleicht das Wort purgare hinter aperire ausgefallen, doch ſei dies nicht gewiß.

Jene Begriffsbeſtimmungen lauten:

L. 1 cit. §. 1 h. t.:

Viam aperire est ad veterem altitudinem latitudinem-

1) Unterholzner quellenmäßige Zuſammenſtellung der Lehre des römiſchen Rechts von den Schuldverhältniſſen Bd. 2 §. 412 S. 203. Heimbach im Rechtslexikon Bd. 5 S. 585 f. Lenel ed. perp. §. 240.

que restituere . sed et purgare refectionis portio est: purgare autem proprie dicitur ad libramentum proprium redigere sublato eo, quod super eam esset . reficit enim et qui aperit et qui purgat, et omnes omnino, qui in pristinum statum reducunt.

Aperire viam hat die eigenthümliche Bedeutung der Herstellung des Weges in seiner ursprünglichen Höhe und Breite, und zwar, im Gegensatze zu purgare viam, durch Aufschütten, Auftragen und drgl. Purgare viam nämlich heißt die Herstellung des richtigen Niveaus durch Abtragen des darauf Gebrachten. So bilden beide Thätigkeiten nur verschiedene Seiten der Instandhaltung, die außerdem jede Thätigkeit umfaßt, welche dazu dient, den Weg wieder in seinen ordnungsmäßigen Zustand zu setzen. [2]) Es würde demnach genügt haben, wenn die Fassung des Interdictes sich auf reficere beschränkt hätte.

Das Interdict findet nach seinem Wortlaute sowohl bei der Ausbesserung von viae publicae statt, als bei derjenigen von itinera publica. Ob unter den letzteren Fußpfade gemeint seien, die rechtlich der allgemeinen Benutzung unterliegen, [3]) dürfte freilich zweifelhaft bleiben. [4]) Indessen kann nach dem Zwecke des Interdictes angenommen werden, daß es für Wege jeder Art, also auch für bloße Fußpfade, gilt, welche in dem bezeichneten Sinne öffentlich sind, sollte gleich ihre Bodenfläche im Privateigenthum stehen.

Eine negative Voraussetzung für die verbindliche Kraft des Interdictes ist es, daß der Impetrant mittels des Vorgehens, an welchem er gehindert worden ist, den öffentlichen

2) Z. B. auch das Wegschaffen eines Baumes, der über den Weg gefallen ist. L. 1 §. 4 D. ne quid in loco publ. 43, 8.

3) Wie es annimmt Heimbach a. a. O. S. 586 N. 611.

4) S. oben Titel 7 Ziffer 13 a. E. zu N. 18 S. 212.

Weg nicht verschlechtert. Dies ist der Inhalt der exceptivischen Clausel: dum ne ea via idve iter deterius fiat. Erweiset also Impetrat, daß die angebliche Wegebesserung in irgend einer Hinsicht eine Verschlechterung des Weges ist, so bleibt das Interdict wirkungslos. [5]) Dies ist der Inhalt der l. 1 cit. §. 2 h. t.:

> Si quis in specie refectionis deteriorem viam facit, impune vim patietur . propter quod neque latiorem neque longiorem neque altiorem neque humiliorem viam sub nomine refectionis is, qui interdicit, potest facere, vel in viam terrenam glaream inicere aut sternere viam lapide, quae terrena sit, vel contra lapide stratam terrenam facere.

Eben deshalb giebt das Interdict dem Impetranten durchaus nicht die Ermächtigung, unter dem Namen der Instandhaltung den Weg breiter oder länger, höher oder tiefer zu machen, als er ordnungsmäßig sein soll, einen Erdweg mit Kies zu beschlagen oder zu pflastern und umgekehrt einen gepflasterten Weg in einen ungepflasterten und unbeschlagenen umzuwandeln. Sofern dergleichen irgend jemanden benachtheiligt, so liegt im Sinne des Interdicts darin eine Verschlechterung des Weges, wäre es gleich sachlich betrachtet eine Verbesserung. Denn der Einzelne ist nicht befugt, mit einem öffentlichen Wege eine Veränderung vorzunehmen, welche einen Mitbürger schädigt. [6])

5) S. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1837a Ziffer 73 S. 466 f.

6) Hiernach halte ich es weder geboten noch auch nur glücklich, mit Mommsen den ersten Satz des §. 2: Si quis — patietur (so muß es wohl heißen, nicht, wie es die kleine und die große Ausgabe bezeichnen — facere) hinter das Uebrige (also hinter den Satz: propter — terrenam facere) zu stellen. Dieser Satz (propter — terrenam facere) würde dann im Anschlusse an die Worte: qui

Einige Schwierigkeit macht l. 1 cit. §. 3:

Interdictum hoc perpetuo dabitur et omnibus et in omnes, et habet condemnationem in id, quod actoris intererit.

Wir haben die einzelnen hierin enthaltenen Angaben bereits im Zusammenhange der allgemeinen Interdictenlehre in diesem Commentar erläutert und beschränken uns daher hier darauf, die dort gewonnenen Ergebnisse kurz zusammenzufassen.

Unser Interdict ist popular [7]) (dabitur — omnibus). Mit Rücksicht auf diese Eigenschaft war der Zwang zur Eingehung der sponsio ex interdicto nicht an die gewöhnliche Frist eines annus utilis gebunden, vielmehr völlig unbefristet; [8]) die jetzige Lesart ist eine ungeschickte Interpolation, die ähnlich mehrfach vorkommt. [9]) Die Verurtheilung ging auf den vollen Betrag der Kosten, welche zwecks Beseitigung der interdictswidrigen Vorrichtungen aufzuwenden sein würden, sowie auf Erstattung des gesammten durch das interdictswidrige Verhalten des Impetraten veranlaßten Schadens. Da die Nichterfüllung des iussus iudicis im secutorium iudicium fast ausnahmslos auf der contumacia des Beklagten beruht, so erfolgte die Feststellung des Interesse regelmäßig durch iusiurandum in litem sei-

in pristinum statum reducunt des §. 1 besagen, das Interdict schütze nur die Wiederherstellung des frühern Zustandes und eben deshalb nicht eine Verbesserung des Weges. Dem gegenüber würde m. E. die Clausel: dum ne — deterius fiat mindestens überflüssig sein.

7) S. Thl. 1 §. 1835 Ziffer 8 S. 56 zu N. 42b.

8) Das. S. 493 ff. S. 528.

9) L. 2 §. 34 D. ne quid in loco publ. 43, 8; l. 20 §. 16 D. de O. N. N. 39, 1; l. 1 §. 6 D. de migr. 43, 32; l. 1 §. 8 D. ne vis fiat ei 43, 4. Vgl. das. S. 492 ff.

tens des Klägers: hierauf weiſet vermuthlich der Ausdruck „id, quod actoris intererit.“ [10])

Die heutige Anwendbarkeit unſeres Interdictes für den an der eignen Inſtandhaltung eines öffentlichen Weges Behinderten läßt ſich theoretiſch kaum beſtreiten. Indeſſen wird ſeine wirkliche Anwendung nur ausnahmsweis eintreten: es wird in Deutſchland nicht viele öffentliche Wege geben, für die nicht eine beſtimmte Baulaſt beſteht. Dieſer gegenüber aber wird nicht leicht jemand, der von ihr nicht betroffen iſt, einen Verſuch zur Inſtandhaltung des Weges machen; umgekehrt wird es kaum vorkommen, daß dem Baulaſtpflichtigen eine Behinderung an der Inſtandhaltung droht. In der That finde ich weder in Seufferts Archiv noch in den Entſcheidungen des Reichsgerichtes einen Fall, in welchem unſer Interdict überhaupt nur in Betracht gezogen worden wäre.

2. Scheinbar ohne Zuſammenhang mit dem rubrikmäßigen Inhalte unſres Titels ſteht deſſen l. 2:

Javolen. lib. 10. ex Cassio. Viam publicam populus non utendo amittere non potest.

Wir haben in Titel 7 Ziffer 10 S. 141 wahrſcheinlich zu machen geſucht, daß dieſe Stelle ſich auf einen rechtlich dem Gemeingebrauche unterliegenden Weg über ein Privatgrundſtück beziehe: die öffentliche Servitut ſoll durch Nichtgebrauch in beſtimmter Zeit nicht erlöſchen. Ein Zuſammenhang dieſes Satzes mit der Wegebeſſerung ergiebt ſich hiernach von ſelbſt durch die Erwägung, daß die öffentliche Wegegerechtſame durch Nichtgebrauch in beſtimmter Zeit auch dann nicht untergehe, wenn dieſer Nichtgebrauch die thatſächliche Folge unterlaſſener Wegebeſſerung iſt. Im übrigen genügt die Verweiſung auf die Beſprechung der l. 2 an der angeführten Stelle.

10) Daſ. §. 1835 S. 48 f.

3. Etwas deutlicher ergeben sich die Beziehungen, welche l. 3 h. t. zum rubrikmäßigen Inhalte des Titels bietet.

L. 3 pr.:

(*Paul.* lib. 1. sent.) Si in agrum vicini viam publicam quis reiecerit, [11]) (in *ins.*) tantum in eum viae receptae [12]) actio dabitur, quanti eius interest, cuius fundo iniuria irrogata est.

Hiernach haftet derjenige, der es bewirkt hat, daß ein öffentlicher Weg auf ein benachbartes Privatgrundstück hinüber gedrängt worden ist, dem Eigenthümer dieses Grundstücks auf Schadensersatz. Auf welche Weise jenes Hinüberdrängen erfolgt ist, bleibt gleichgültig: es kann geschehen, indem man „durch fortgesetztes Gehen ein Stück von einem fremden Grundstücke abtritt und zum Wege zieht," [13]) aber auch so, daß man ein Stück des Grundstücks, z. B. indem man es pflastert, geradezu als Theil des Weges behandelt, sei es so, daß die ursprüngliche Breite des Weges einfach vergrößert, sei es, daß der Weg von der ursprünglich von ihm eingenommenen Bodenfläche ganz oder theilweis auf das benachbarte Grundstück vorgeschoben wird. [14]) Alles dies wird derjenige, von dem es ausgeht, als Instandhaltung des Weges zu bezeichnen geneigt sein.

11) in *ins.* M.

12) reiectae lesen die Pariser Handschriften 4455 (X) und 4458 A (Y), die Bamberger (M), sämmtlich aus dem 13. Jahrhundert, die Königsberger (O) aus dem 14. Jahrhundert und die Mommsensche (C) aus dem Ende des 13. oder dem Anfange des 14. Jahrhunderts.

13) Hierauf beschränkt Windscheid Lehrbuch Bd. 2 §. 456 Nr. 7 den Anspruch.

14) So ganz allgemein fassen das Verhältniß mit Recht z. B. Unterholzner a. a. O. §. 678 unter IV S. 706; Dernburg Pandekten Bd. 1 §. 229 3. Aufl. S. 536 zu N. 6.

Selbſtverſtändlich hört die auf ſolche Weiſe als öffentlicher Weg benutzte Bodenfläche damit nicht auf, Eigenthum deſſen zu ſein, dem ſie bisher gehört hat; folglich bleiben ihm alle Rechtszuſtändigkeiten, ſie frei von jeder ihm aufgedrängten Benutzung wieder an ſich zu ziehen, namentlich indem er je nach den Umſtänden der rei vindicatio oder der negatoria in rem actio ſich bedient. Allein ebenſo ſelbſtverſtändlich iſt es auch, daß der benachtheiligte Grundeigenthümer, ſoweit er nicht in der Lage iſt, mit den genannten Klagen oder ähnlichen von Dritten vollen Schadenserſatz zu erlangen, ſich deswegen an den Veranſtalter jener Verſchiebung des öffentlichen Weges halten kann, ſofern dieſen dabei ein Verſchulden trifft. Trifft dagegen denjenigen, der jene Verſchiebung ausgeführt hat, ein Verſchulden nicht, z. B. weil er gemäß der ihn bindenden Verfügung der zuſtändigen Behörde gehandelt, oder weil er nur den Auftrag eines Dritten ausgeführt hat, deſſen Rechtswidrigkeit er nicht kannte und nicht zu kennen brauchte, ſo iſt auch nicht der geringſte Grund vorhanden, ihn haftbar zu machen. Macht jedoch nur ein damnum agro iniuria datum haftbar, [15]) ſo iſt damit auch als geeignete Klage eine actio legis Aquiliae utilis [16]) gegeben. Es iſt völlig unnöthig, an eine beſondere actio viae receptae oder reiectae zu denken, wie unſere Lehrbücher ſie aufführen, zumal, da es ſich in keinem Falle um eine proponirte Klage handelt. [17])

15) Hierauf dürfte doch auch der Ausdruck „fundo iniuria irrogata“ hinweiſen.

16) Utilis ſchon deshalb, weil kein urere frangere rumpere vorliegt.

17) Mit Recht ſchweigen Rudorff wie Lenel bei ihren Reconſtructionen des edictum perpetuum von einer ſolchen.

Viae reiectae actio bezeichnet nicht ſowohl den Namen der Klage, als vielmehr ihren Anlaß.[17a])

Zugleich haben wir damit für die Paſſivlegitimation die Thatſache feſtgeſtellt, daß es nicht darauf ankommen kann, ob der Beklagte ein dem widerrechtlich für den öffentlichen Weg benutzten Grundſtücke des Klägers benachbartes Grundſtück hat: die Nachbarſchaft des klägeriſchen Grundſtücks, von der unſere l. 3 pr. redet, iſt die Nachbarſchaft des Weges, nicht die Nähe eines Grundſtücks des Beklagten.[18])

Als ſelbſtverſtändlich endlich erſcheint, daß wer einen öffentlichen Weg aufgepflügt oder ſonſt zerſtört hat, deſſen Wiederherſtellung auf eigne Koſten bewirken muß. Und zwar wurde er nach römiſchem Rechte dazu im Verwaltungsverfahren angehalten. Dies iſt der Inhalt der l. 3 cit. §. 1:[19])

Qui viam publicam exaraverit, ad munitionem eius solus compellitur.

17a) So die Gloſſe ad v. *viae reiectae*: id est propter viam reiectam actione in factum Joannes (Bassianus) vel utilis Aquiliae vel (ut dicunt quidam) nomen est actionis actio viae reiectae. Accursius.

18) Wenn ich recht verſtehe, faßt Dernburg a. a. O. die Vorausſetzung der ſ. g. actio viae reiectae in dieſem beſchränkten Sinne auf, indem er ſie als Erſatz für die actio finium regundorum darſtellt, weil letztere unſtatthaft iſt zwiſchen Beſitzungen, die ein öffentlicher Weg ſcheidet.

19) Auch überliefert als Paul. R. S. I, 14, 1.

Lib. XLIII. Tit. XII.

De fluminibus . ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur.

Basil. LVIII, 16.

1. Die Titel 12—15 einſchließlich des 43. Buches behandeln das römiſche Waſſerrecht, ſoweit es unter den Schutz von Popularinterdicten geſtellt iſt.

Nach Lenels Vermuthung [1]) haben wir in dem „de fluminibus“ der Rubrik unſeres Titels, wie vorher in der Rubrik 43, 7 „de locis et itineribus publicis“, Spuren einer im Album ſelbſt gegebenen Eintheilung der Interdicte vor uns. Jedenfalls enthält Ulpians Edictscommentar bei der Erörterung des erſten der in unſerm Titel zuſammengeſtellten Interdicte in l. 1 §§. 1—10 eine Reihe von Begriffsbeſtimmungen und Rechtsſätzen, welche für alle die flumina publica und ihre Ufer betreffenden Interdicte Bedeutung haben; und ſo bildet unſer Titel ſachlich zugleich eine allgemeine Einleitung in das Waſſerrecht der flumina publica, mit der wir uns zunächſt beſchäftigen wollen. [1a])

1) Ed. perp. §. 241 N. 10.

1a) v. Bülow's und Hagemann's praktiſche Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit Bd. 1 Hannover 1798 3. Erörterung S. 47—60. Funke im Archiv für die Civiliſtiſche Praxis Bd. 12 (1829) S. 274—300 und S. 432—447; Kori daſ. Bd. 18 (1835) S. 37—54;

An der Spitze dieser Einleitung steht eine Bestimmung des Begriffs der flumina publica, die infolge ihrer nicht ganz glücklichen Fassung zu lebhaftem Streite Anlaß gegeben hat.

L. 1 §§. 1—4:

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) §. 1. Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium. §. 2. Item fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia. perenne est, quod semper fluat, *ἀέναος*, torrens *ὁ χειμάρρους*: si tamen aliqua aestate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est. §. 3. Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. publicum flumen esse *Cassius* definit, quod perenne sit: haec senten-

Chr. Fr. Elvers Themis. Neue Folge Bd. 1 Hft. 3 (1841) S. 413—608; Schwab die Conflicte der Wasserfahrt auf den Flüssen mit Benützung der letztern zum Maschienenbetriebe erörtert nach den Grundsätzen des gemeinen in Deutschland gültigen Rechts. Ein Beitrag zur Lehre vom Wasserrechte. Beilageheft zum Archiv für die Civilistische Praxis Bd. 30 (1847); Börner im Arch. f. d. Civil. Prax. Bd. 38 (1855) S. 149—185 und S. 359—379; Endemann das ländliche Wasserrecht Kassel 1862; Heimbach in Weiskes Rechtslexikon Bd. 14 (1862) S. 86—202; Hesse in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 7 (1865) S. 179—317; Kappeler der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, entwickelt aus den Quellen des römischen Rechts Zürich 1867; Hesse die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn (Nachbarrecht) 2. Aufl. Jena 1880 §§. 45—61 S. 234—262; Randa das Eigenthumsrecht nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes und der neueren Gesetzbücher 1. Hälfte Leipzig 1884 §. 4 S. 51—94.

sia *Cassii*, quam et *Celsus* probat, videtur esse probabilis. §. 4. Hoc interdictum (nämlich das im principium der Stelle mitgetheilte) ad flumina publica pertinet: si autem flumen privatum sit, cessabit interdictum: nihil enim differt a ceteris locis flumen privatum.

Streitig iſt nämlich, ob die Bäche, rivi im Sinne der l. 1 §. 1 cit., eine, nur durch den Namen unterſchiedene, Art der flumina ausmachen, oder ob ſie vielmehr auch rechtlich von den flumina unterſchieden werden.

Nun wird uns in §. 3 cit. von den flumina geſagt, daß ſie publica ſind, wenn ſie perenniren; und §. 4 ſchließt daran die weitere Bemerkung, ein flumen privatum, alſo ein nicht perennirendes flumen, unterſcheide ſich rechtlich durchaus nicht von jedem andern Privatgrundſtücke. Ständen die Bäche in einem rechtlichen Gegenſatze zu den flumina, ſo würde dieſer kaum anderswo liegen können, als darin, daß die Bäche ohne Unterſchied, ob ſie perenniren oder nicht, iuris privati wären. Dann aber würde ein rechtlicher Gegenſatz der Bäche ausſchließlich gegenüber den perennirenden flumina beſtehen, und Ulpian hätte nicht ſo, wie er es doch thut, Bäche und flumina ſchlechthin einander gegenüberſtellen dürfen. Uebrigens wäre es ohne Zweifel ein bedenklicher Mißgriff des Geſetzgebers, einen Gegenſatz von ſolcher rechtlichen Erheblichkeit an Merkmale zu knüpfen, welche ſo unbeſtimmt ſind, wie der Begriff der Größe oder gar die Meinung der Umwohner. [1b]) Insbeſondere aber

1b) Baron, Begriff und Bedeutung des öffentlichen und privaten Waſſerlaufs in der Zeitſchrift für vergleichende Rechtswiſſenſchaft Bd. 1 Stuttgart 1878 S. 269, will eine Unterſcheidung zwiſchen Flüſſen und Bächen aus l. 17 §. 3 D. de a. et a. pl. a. 39, 3 entnehmen. Hier iſt geſagt, es ſei eine Wegeſervitut auch dann ſtatthaft,

würde dann, wenn auch die rivi perennes privati iuris wären, der rechtliche Gegensatz der flumina publica und der flumina privata als ein völlig positiver erscheinen, während doch die perennirenden flumina ihre öffentliche Natur im Sinne des römischen Rechtes, wie wir alsbald sehen

wenn die betheiligten Grundstücke durch ein flumen publicum getrennt sind, quod vado transiri potest (oder, wie es in l. 17 cit. §. 2 heißt: si non sit impedimento transeunti magnitudo fluminis). Hiernach, meint Baron, unterscheiden sich kleine Flüsse von Bächen dadurch, daß diese, abgesehen vom hohen Wasserstande im Frühjahr, überall passirbar seien, jene nur an einzelnen Puncten, an seichten Stellen. Aber warum sollte Ulpian in l. 1 §. 1 h. t. diese Unterscheidung verschwiegen haben, wenn sie anerkannt gewesen wäre? Wenn aus Festus de V. S. s. v. *rivus* p. 273 M. (rivus vulgo appellatur tenuis aquae fluor non spe consiliove (specu incilive *leg.* M.) factus, verum naturali suo impetu; sed hi (et ii *leg.* M.) rivi dicuntur, qui manu facti sunt, sive super terram fossa, sive super (subter *leg.* M.) specu, cuius vocabuli origo ex Graeco (ξεῖν *ins.* M.) pendet), überhaupt etwas für unsere Frage zu entnehmen ist, so dürfte es kaum etwas Anderes sein, als daß die Anwendung des Wortes im Sinne von Bach eine nur vulgäre ist, dagegen diejenige im Sinne von künstlicher Wasserleitung die technische und juristische. Und hierzu stimmt der Sprachgebrauch der Rechtsquellen durchaus. Hesse Jahrb. für Dogmatik Bd. 7 S. 188 f.

Uebrigens wird rivus gelegentlich auch im Sinne von „Bette eines Flußarmes" gebraucht. L. 7 §. 4 D. de a. r. d. 41, 1: (Gai. lib. 2. rer. cottid. s. aureor.) Quod si uno latere perruperit flumen et alia parte novo rivo fluere coeperit, deinde infra novus iste rivus in veterem se converterit, ager, qui a duobus rivis comprehensus in formam insulae redactus est, eius est scilicet, cuius et fuit.

werden, [2]) kraft natürlicher Nothwendigkeit empfangen, die ebenso auch für den kleinsten perennirenden Bach gelten muß. [2a])

In der That besitzen wir auch ein, bisher übersehenes, classisches Zeugniß dafür, daß die römische Praxis hinsichtlich der Alluvion und des alveus relictus die Bäche durchaus ebenso behandelt hat, wie die größesten Flüsse.

Siculus Flaccus [2b]) de condicionibus agrorum (in Gromati veteres ex rec. C. *Lachmanni* p. 150 v. 24 sqq. — p. 151 v. 5):

Rivus autem quotiens finem facit, appellatur rivo recto [curvoque] . qui si alicuius terras minutatim ex alia parte abstrahat et alii contrario relinquat, quod vocant abluvionem et alluvionem, repetitio finium non datur: inducit enim necessitatem riparum tuendarum [2c]) . quod iuste videtur prospectum, ut terrae possessoribus salvae sint, etiam publicae utilitatis causa . quod si vi tempestatum rivi torrentes subito alveum cursumque mutent, iustum, ut nostra fert opinio, erit, ut alvei veteris fines suos quisque ob-

2) S. unter Ziffer 2 S. 346.

2a) Börner a. a. O. (Arch. für die Civil. Praxis Bd. 38) S. 161 f.

2b) Er kann nach Teuffel, Geschichte der römischen Literatur 3. Aufl. §. 344 S. 801, nicht viel später fallen, als unter Trajan.

2c) Vgl. Hyginus de generibus controversariarum in Gromat. vet. ed. Lachm. p. 124 v. 3—7: De alluvione observatio haec est, numquid de occupatoriis ageretur agris . et quidquid vis aquae abstulerit, repetitionem nemo habebit . quae res necessitatem ripae muniendae iniungit, ita tamen, ne alterius damno quicquam faciat, qui ripam muniet.

tineat [24]). (d. h. daß Jeder, der durch die Entstehung des neuen Bettes Verlust an Grundeigenthum erlitten hat, das Gebiet des alten Bachbettes als das seinige erhalte, m. a. W. in diesem Bette entschädigt werde.) [25])

Wären die Bäche nach römischer Anschauung Privatflüsse, d. h. ihr Bette Privateigenthum der Anlieger, so hätte die Frage gar nicht entstehen können, wem der alveus relictus eines Baches zufallen solle.

Die mitgetheilte Stelle erbringt also den zwingenden Beweis dafür, daß die rivi perennes nur eine, rechtlich von den Römern in keiner Weise ausgezeichnete, Unterart der flumina publica bilden.

Demnach ist §. 1 cit. als eine Bemerkung aufzufassen, welche lediglich sprachliche, nicht zugleich rechtliche Bedeutung hat. [3]) „Von den Wasserzügen," will Ulpian sagen,

[24]) Vgl. Hyginus l. c. p. 124 v. 11 sqq.—p. 125 v. 4 (s. unten Ziffer 3 nach N. 71).

Die hier für den Po geltend gemachte Ansicht des Cassius Longinus, welche Siculus Flaccus auch für rivi gerecht findet, ist freilich später allgemein mißbilligt worden. Allein dies ändert an der Thatsache nichts, daß Siculus Flaccus die rivi ebenso behandelt wissen wollte, wie Cassius den Po behandelt hatte.

[25]) Uebereinstimmend Pernice Labeo I S. 276 zu N. 76.

3) So außer Börner a. a. O., Hesse in Jahrb. Bd. 7 S. 187 ff. unter 2; derf. die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn §. 46 S. 239 ff.; Kappeler a. a. O. S. 84 ff.; Dernburg Pandekten Bd. 1 §. 73 N. 2 3. Aufl. S. 169; derf. Lehrbuch des Preußischen Privatrechts Bd. 1 §. 251 N. 7 3. Aufl. S. 616; Randa a. a. O. S. 54 f.; ferner die Entscheidungen in Seufferts Archiv XIV, 201 (OTr. Stuttgart aus den Jahren 1854—61); XVIII, 7 (OAG. Darmstadt 1864); XIX, 118 (dass. 1861); XXII, 10 (dass. 1867); XXIII, 207 (dass. 1869); XXVII, 204 (OAG. Rostock 1865);

„welche im Edicte flumina genannt werden, heißt ein Theil auch in der Sprache des Lebens so, während ein andrer Theil die Bezeichnung rivi trägt. Ob das Eine oder das Andre der Fall ist, das hängt ab von ihrer Größe wie von der Meinung der Anwohner.“ Es leuchtet ein, daß der Jurist nicht füglich umhin konnte, zur Erläuterung des Edictes diese sprachliche Bemerkung zu machen. [3a])

Auch die Eintheilung der Flüsse in flumina perennia und flumina torrentia ist als solche eine natürliche, keine rechtliche.

Allein aus diesem natürlichen Unterschiede haben hervorragende Juristen beider Schulen, der Sabinianer Cas-

206 (OAG. Dresden 1870); XXXIII, 2 (AG. Celle 1877); XXXIV, 267 (OTrib. Berlin 1878); Entscheidungen des Reichsgerichts VIII, 34 (3. Senat 1883 = Seufferts Arch. XXXVIII, 299); XXIII, 31 (3. Senat 1889).

3a) Deshalb ist es gänzlich unberechtigt, wenn Baron a. a. O. S. 268 den Vertretern der hier befolgten Auslegung einwirft, sie hielten den Ulpian für einen Grammatiker, nicht für einen Juristen. Und nicht besser begründet ist die daran geknüpfte ironische Frage, „ob denn Sprachgebrauch und Eintheilungen des gewöhnlichen Lebens nicht für den Gesetzgeber maßgebend zu sein pflegen“: schon die Betrachtung der auf viae publicae bezüglichen Interdicte zeigt, daß die Sprache der Gesetze manchmal einen Ausdruck in einer Bedeutung gebraucht, der mit der alltäglichen Bedeutung nicht zusammenfällt. Eine petitio principii endlich begeht m. E. der genannte Schriftsteller a. a. O. S. 264 und S. 268, wenn er l. 6 D. fin. reg. 10, 2 (Paul. lib. 23. ad ed.: Sed si rivus privatus intervenit, finium regundorum agi potest) ohne weiteres von einem perennirenden Bache versteht, während nach l. 4 §. 11 eod. die actio finium regundorum unstatthaft ist, sive flumen sive via publica intervenit.

sius und der Proculejaner Celsus der Jüngere,[4]) den rechtlichen Gegensatz der flumina publica und der flumina privata entwickelt.

Der Grund, welcher zur Aufstellung dieses Gegensatzes zwingt, liegt im Wesen des fließenden Wassers, der aqua profluens.

Jede tropfbare Flüssigkeit, welche gemäß dem Gesetze der Schwere sich im Hinabtropfen, Hinabfallen, Hinabrinnen oder Hinabfließen befindet, ohne gleichzeitig eingefangen zu sein, entzieht sich kraft dieser ihrer Bewegung der umfassenden thatsächlichen Herrschaft, die wir Besitz nennen, und folgeweis auch der entsprechenden rechtlichen Herrschaft, die Eigenthum heißt.

Dies ist jedoch, wie gesagt, nur unter der Voraussetzung der Fall, daß die Flüssigkeit zur Zeit nicht eingefangen ist.

Eingefangen ist eine Flüssigkeit zweifellos, wenn ihr einerseits der Ablauf, anderseits der weitere Zulauf abgeschnitten ist, wie z. B. das aus einem geschlossenen Behälter laufende Wasser eines Springbrunnens, welches wiederum in einen geschlossenen Behälter hinabfällt, oder eine Flüssigkeit, welche aus einem Gefäße in ein anderes umgegossen wird. Allein eingefangen ist nicht minder das Wasser, das aus einem Flusse in ein künstliches Rinnsal eingeleitet worden ist, aus welchem es nicht wieder abläuft, vielmehr entweder in einem Behälter zum Stehen kommt,[4a]) oder unmittelbar verbraucht wird;[4b]) und vollends das durch eine Dachrinne in ein Faß fallende Regenwasser. Ungeachtet

4) S. Lenel palingenesia vol. I. Celsus nr. 206 col. 159.

4a) Dahin gehört auch der Fall, wenn es in einer Röhrenleitung hinter dem geschlossenen Ablaufhahne stehen bleibt.

4b) Hierher gehört auch der Fall, wenn es als Berieselungswasser versickert.

der zur Zeit noch fortdauernden Bewegung der zulaufenden Masse ist derart eingeschlossenes Wasser nicht mehr herrenlos. Es steht vielmehr im Besitze und im Eigenthume dessen, der es in dieser Weise thatsächlich eingefangen hat, geradeso wie sich dies mit jeder andern der willkürlichen Occupation unterliegenden, bisher herrenlosen Sache verhält. Ganz gleichgültig für den Eigenthumserwerb ist es dabei, ob die Occupation auf dem eignen Grunde und Boden des Occupanten stattgefunden hat, oder auf fremdem, und im letztern Falle weiter, ob er diesen fremden Boden befugtermaßen betreten hat oder unbefugtermaßen, vielleicht gegen ausdrückliches Verbot des Grundeigenthümers. Ebenso gleichgültig ist es, ob das Gefäß, worin jemand herrenloses Wasser einfängt, in seinem Eigenthume oder auch nur in seinem juristischen Besitze steht, und nicht minder, ob derjenige, der thatsächlich Wasser in einer Leitung einfängt, auch ein Recht zur Benutzung dieser Leitung hat. [40]) Sind

40) M. E. stellt Kappeler a. a. O. S. 72 und S. 75 f. für den Eigenthumserwerb am Leitungswasser ganz willkürlich das jeweilige Recht zur Benutzung der Leitung als Voraussetzung hin. Erwirbt doch z. B. ein Schmetterlingsfänger das Eigenthum an einem Schmetterlinge auch dann, wenn er sich zu dessen Fange eines gestohlenen Netzes bedient hat. Warum soll es bei eingefangenem Wasser grundsätzlich anders sein? Noch weniger haltbar ist es, wenn Hesse, Jahrb. für Dogmatik Bd. 7 S. 213, nach strengem Rechte sogar dem Leitungsberechtigten das Eigenthum an dem über ein fremdes Grundstück geleiteten Wasser abspricht und ihm nur „ein privates, ausschließliches Recht daran" zuerkennt. Ein solches Verhältniß ist m. E. ganz undenkbar. Denn sollte jenes Wasser Eigenthum des Grundeigenthümers sein, so hätten wir ein Eigenthum, das wegen jenes „ausschließlichen Rechtes" des Leitungsberechtigten völlig inhaltslos wäre; sollte es hingegen nicht Eigenthum des

an einer Wasserleitung Mehrere betheiligt, so kommt es darauf an, ob sie gleichzeitig die Leitung ausüben, sei es als Mitbesitzer des nämlichen Grundstücks, zu dessen Gunsten sie stattfindet, sei es als Sonderbesitzer verschiedener Grundstücke, welchen allen sie zugute kommt; oder ob sie zu verschiedenen Zeiten jeder für sich Wasser durchleiten: im erstern Falle sind sie nach einem bestimmten Verhältnisse Miteigenthümer des Leitungswassers, im andern ist je der eine oder der andere alleiniger Eigenthümer desjenigen Wassers, welches während der Zeit seiner Benutzung in der Leitung sich befindet.

Weil aber eingefangenes, wenngleich fließendes, Wasser seinen Eigenthümer hat, so ist ohne ein besonderes Recht

Grundeigenthümers sein, so ist nicht zu verstehen, was „dem ausschließlichen Rechte" des Leitungsberechtigten zu vollem Eigenthume noch fehlte. So wenig es (abgesehen von einem besondern Jagdrechte) den Eigenthumserwerb an einem wilden Thiere hindert, daß dasselbe in Gruben oder sonstigen Anlagen auf fremdem Grunde und Boden gefangen worden ist, so wenig kann es dem Eigenthumserwerbe an Wasser entgegenstehen, daß es über fremde Grundstücke geleitet wird, obgleich die Leitung gemäß dem Satze: superficies cedit solo Eigenthum des Grundeigenthümers ist. Denn es scheint mir nicht erweisbar, daß dieser, dem Wesen des Verhältnisses entsprechende, Satz hinsichtlich des Leitungsmateriales durchbrochen sei, wie Kappeler a. a. O. S. 73 f. aus l. 27 §. 32 D. ad leg. Aquil. 9, 2, l. 13 D. si serv. 8, 5, l. 47—49, l. 78 pr. D. de C. E. 18, 1, l. 15 D. de A. E. et V. 19, 1 und l. 30 §. 1 D. de damno inf. 39, 2 folgert. Selbstverständlich kann der Leitungsberechtigte jederzeit die Trennung des Materiales von dem fremden Grundstücke bewirken und somit das Eigenthum wieder zur Geltung bringen, das ihm oder seinem Rechtsvorgänger bis zur inaedificatio in das dienende Grundstück daran zugestanden hatte.

darauf kein Dritter befugt, von ſolchem Waſſer zu ſchöpfen oder irgend einen andern Gebrauch zu machen, [5]) während die Benutzung des frei fließenden Waſſers jedermann zuſteht, ſo daß die Beſtellung eines ſervitutiſchen Rechtes auf ſie

5) L. 33 §. 1 D. de S. Pr. R. 8, 3 (African. lib. 9. quaest.): Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuivis neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest. Hiernach kann derjenige, dem eine servitus aquaeductus zuſteht, zwar in keinem Falle ein ſervitutiſches Recht auf Theilnahme am Genuſſe ſeiner eignen Servitut beſtellen, weil ein ſolches Recht eine undenkbare servitus servitutis wäre, und für die Eigenthümer der mit der servitus aquaeductus belaſteten Grundſtücke beſtellt obendrein eine Servitut an der eignen Sache. Wohl dagegen erkennt Africanus die Möglichkeit an, daß der Servitutberechtigte nach Maßgabe der ihm bei Beſtellung der servitus aquaeductus ertheilten Ermächtigung einem Dritten das Schöpfen des geleiteten Waſſers aus der Waſſerleitung geſtatten dürfe, alſo precario oder kraft eines ihm eingeräumten obligatoriſchen Anſpruchs. Nach einem Reſcripte Caracallas wird auch das als Servitut beſtellte Recht auf Waſſerbezug aus einer Waſſerleitung geſchützt, was urſprünglich deshalb für unzuläſſig galt, weil die perpetua causa fehlte. L. 2 D. comm. praed. 8, 4 (Ulp. lib. 17. ad ed.) l. 9 i. f. D. de S. Pr. R. 8, 3 (Paul. lib. 1. sentent.) l. 1 §. 41 D. de aq. cott. 43, 20 (Ulp. lib. 70. ad ed.) vbb. mit l. 1 cit. §. 7. — S. auch l. 2 D. de riv. 43, 21, wonach der Eigenthümer des mit der servitus aquaeductus belaſteten Grundſtücks nur dann berechtigt iſt, aus der Leitung Vieh zu tränken oder Waſſer zu ſchöpfen, wenn er ſich ſolche Nutzung bei Beſtellung der Servitut ausbedungen hat. — Kappeler a. a. O. S. 61 ff.

völlig gegenstandslos und somit nichtig ist. [6]) Sind Mehrere an der nämlichen Wasserleitung betheiligt, und zwar aus einem andern Grunde als wegen Miteigenthums an demselben wasserleitungsberechtigten Grundstücke, so wird erforderlichenfalls die Vertheilung des Gebrauches der Leitung unter ihnen mittels der actio communi dividundo geregelt. [7]) Wäre jedermann befugt, auch des in einer Leitung

6) L. 3 §. 3 i. f. D. de S. Pr. R. 8, 3 (Ulp. lib. 17. ad ed.): — ad flumen autem publicum idem Neratius eodem libro scribit iter debere cedi, haustum non oportere, et si quis tantum haustum cesserit, nihil eum agere. Kappeler a. a. O. S. 63.

7) L. 19 §. 4 D. comm. div. 10, 3: (Paul. lib. 6. ad Sabin.) Aquarum iter in iudicium communi dividundo non venire Labeo ait: nam aut ipsius fundi est et ideo in iudicium non venit, aut separatum a fundo, divisum tamen aut mensura aut temporibus. sed possunt iura interdum et separata a fundo esse nec mensura nec temporibus divisa, veluti cum is, cuius fuerunt, plures heredes reliquit: quod cum accidit, consentaneum est et ea in arbitrio familiae erciscundae venire, nec videre [se *ins.* Haloander] inquit Pomponius, quare minus in communi dividundo quam familiae erciscundae iudicium veniant. igitur in huius modi speciebus etiam in communi dividundo iudicio venit, ut praefata iura aut mensura aut temporibus dividantur. Der vorausgesetzte Thatbestand für das arbitrium familiae erciscundae ist dieser. Jemand ist Eigenthümer mehrerer Grundstücke, deren jedem eine Wasserleitungsgerechtsame zusteht, welche mittels einer ihnen allen gemeinsamen Leitung geübt wird; eine sie einander gegenüber bindende Regelung der Ausübung aber besteht nicht. Uebernehmen nun bei der gerichtlichen Auseinandersetzung einzelne Miterben je einzelne der berechtigten Grundstücke, so muß sich die Auseinandersetzung auch auf eine derartige Gebrauchsregelung erstrecken. — L. 4 D. de aq. cott. 43, 20. — Hinsichtlich

befindlichen Waſſers, der aqua ducta, ſich beliebig zu bedienen, ſo würde es freilich möglich ſein, mit Rückſicht auf die gleiche Befugniß aller Uebrigen eine dieſen Gemeingebrauch benachtheiligende Benutzung zu verbieten; nimmer aber ließe ſich eine Vertheilung der Benutzung unter allen Intereſſenten vornehmen: eine ſolche Vertheilung ſetzt nothwendig voraus, daß die Zahl dieſer Intereſſenten genau beſtimmt iſt. [8]) Und vollends unbegreiflich wäre unter jener Vorausſetzung das interdictum duplex de aqua cottidiana: dieſes ſoll die fehlerfreie Waſſernutzung des Einzelnen gegenüber einem Andern ſchützen, der zwecks Ausübung einer beſondern Leitungsgerechtſame gemeinſam mit jenem dasſelbe Gerinne benutzt; [9]) — welchen Zweck hätte das,

der Weiſe der Vertheilung des Waſſers ſ. noch l. 5 pr. §. 1 eod. l. 2 §. 1. l. 25 D. de S. Pr. R. 8, 3. l. 7. l. 10 §. 1 D. quemadm. serv. amitt. 8, 6.

8) Kappeler a. a. O. S. 64.

9) L. 1 §. 26 D. de aq. cott. 43, 20: (Ulp. lib. 70. ad ed.) Si inter rivales, id est qui per eundem rivum aquam ducunt, sit contentio de aquae usu, utroque suum usum esse contendente, duplex interdictum utrique competit. Paul. R. S. V, 6, 9: Si inter vicinos ex communi rivo aqua ducatur, induci prius debet, et his vicibus, quibus a singulis duci consuevit, ducenti vis fieri prohibetur etc. Krüger will ſtatt *induci prius debet* etwa leſen: inquiri prius debet, quibus vicibus singuli ante controversiam motam aquam duxerint. Allein dem Erlaſſe des Interdictes ging keine Unterſuchung über den bis dahin beſtehenden Waſſerbezug vorher. Huſchke ad h. l. will unter Berufung auf l. 4 D. de aq. cott. 43, 20 und l. 19 §. 4 D. comm. div. 10, 3 ſtatt der bezeichneten Worte leſen: dividi prius decet. Allein das Interdict ſetzt eine, gütliche oder gerichtliche, Vertheilung des Waſſers durchaus nicht voraus. Unbefriedigend ſcheint mir auch Cujazens Vorſchlag, zu leſen: interdici prius debet et his vicibus, quibus a

wenn jeder Beliebige eine vorhandene Leitung benutzen dürfte? — Treffend weiſet Kappeler [10]) auch darauf hin, daß die confessoria als Schutzmittel der Waſſerleitungsgerechtſame und das interdictum de aqua cottidiana [11]) als Schutzmittel der Ausübung dieſer Gerechtſame ihren Zweck nur unvollkommen erreichen würden, wenn ſie lediglich das Waſſergerinne ſchützten, nicht auch das darin geleitete Waſſer. In der That aber bezeugen die Quellen, daß beide Rechtsbehelfe ſich auf das Leitungswaſſer [12]) und jede Behinderung

singulis duci consuevit, ducenti vis prohibetur, den Schulting dadurch ergänzt, daß er das hierbei hinter *ducenti* ausgelaſſene autem durch eam erſetzt. Denn nicht nur, daß hiernach der durch ſeine knappe Ausdrucksweiſe ausgezeichnete Paulus in zweckloſer Breite erſt von einem Interdicte im allgemeinen reden und darauf dasſelbe als prohibitoriſches bezeichnen würde; es ergiebt ſich auch keine Rechtfertigung für das *prius*. Worin nämlich ſoll das *postea* liegen? Die confessoria ſetzt doch ein vorangehendes interdictum de aqua ebenſowenig voraus, als es die im Fortgange unſrer Stelle (ſ. unten N. 16) erwähnte poena nummaria thut, welche der praeses provinciae wegen unbefugter Anmaßung fremden Waſſers verhängen kann. Dagegen erlangen wir einen durchaus befriedigenden Sinn, wenn wir jene Worte ſammt dem ihnen folgenden *et* als falſches Gloſſem ſtreichen.

10) A. a. O. S. 64 f.

11) Nicht dagegen möchte ich mit Kappeler auch das interdictum de rivis hierher ſtellen: dieſes dient in der That nicht ſowohl dem Schutze des durchgeleiteten Waſſers, als der Inſtandhaltung des Gerinnes.

12) L. 1 §. 7 D. de aq. cott. 43, 20: (Ulp. lib. 70. ad ed.) Haec interdicta de aqua, item de fonte ad eam aquam pertinere videntur, quae a capite ducitur, non aliunde: harum enim aquarum etiam servitus iure civili constitui potest. S. auch l. 1 cit. §§. 11 sq. §. 17.

ſeiner Leitung beziehen:[13]) ſie treffen folglich auch die Behinderung durch Ausſchöpfen oder durch Ableiten des Waſſers, wie nicht minder jedes dem Waſſer ſelbſt nachtheilige Gebahren.[14]) Umgekehrt iſt uns bezeugt, daß die willkürliche Waſſerableitung aus öffentlichen Leitungen mit ſchwerer Strafe bedroht war: das durch ſie bewäſſerte Grundſtück wurde confiscirt.[15]) Und wenigſtens vorübergehend

13) L. 10 §. 1 D. si serv. 8, 5: (Ulp. lib. 53. ad ed.) Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam non (nos *leg.* Hotomannus) ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutium . et generaliter quicumque aquam ducere impediat, hac actione cum eo experiri potero. L. 1 §. 25 D. de aq. cott. 43; 20.

14) L. 1 cit. §. 27: Labeo putat per hoc interdictum prohiberi quem, ne quid in illo fundo faciat fodiat serat succidat putet aedificet, quare (qua *scr.*) ex re aqua, quam ille hoc anno per fundum tuum sine vitio ducit, inquinetur vitietur corrumpatur deteriorve fiat: et similiter de aestiva aqua debere interdici ait. Ohne Zweifel richtet ſich auch die confessoria gegen derartige Einwirkung auf das Leitungswaſſer.

15) Frontinus de aquae ductibus Urbis Romae (opera et stud. Joa. Poleni Patavii 1722 p. 170 art. 97): Agri vero, qui aqua publica contra legem essent irrigati, publicabantur. L. 2 Cod. de aquaeductu 11, 43 (Valentin., Theodosius et Arcad. 389): Si quis de cetero vetiti furoris audacia florentissimae urbis commoda voluerit mutilare aquam ad suum fundum ex aquaeductu publico derivando, sciat eundem fundum fiscalis tituli proscriptione signatum privatis rebus nostris adgregandum. L. 4 eod. (Arcad. et Honor. 397): Usum aquae veterem longoque dominio constitutum singulis civibus manere censemus nec ulla novatione turbari, ita tamen, ut quantitatem singuli, quem veteri licentia percipiunt, more usque in prae-

war die unbefugte Wasseraneignung aus einer Privatleitung bei arbiträrer Geldstrafe verboten. [16]) Demnach dürfen wir l. 35 §. 1 D. de furt. 47, 2 [17]) unbedenklich auch von unbefugter Wasserentnahme aus einer fremden Privatleitung verstehen, sodaß hierin also ein furtum liegen kann.

Als nicht eingefangen dagegen muß eine Flüssigkeit auch dann noch gelten, wenn es von vornherein gewiß ist, daß sie Eigenthum eines bestimmten Subjectes werden wird, sofern die Bewegung, in welcher sie sich zur Zeit befindet, ohne das Dazwischentreten einer weitern Thatsache das ihr gesetzte Ziel erreichen sollte. So werden die Regentropfen, welche nach dem Niederfallen auf einem Grundstücke stehen bleiben oder dort versickern, Eigenthum dessen, dem dieses Grundstück gehört, und wenn sie durch einen s. g. Dachspeier in ein Faß fallen, Eigenthum dessen, der diese Veranstaltung getroffen hat, um sie aufzufangen. Allein solange die Flüssigkeit in Bewegung bleibt, hat sie ihre Herrenlosigkeit noch nicht verloren.

Ebenso wenig verliert fließendes Wasser seine Herren-

sentem diem perdurante percipiant: mansura poena in eos, qui ad irrigationes agrorum vel hortorum delicias furtivis aquarum meatibus abutuntur. Kappeler a. a. O. S. 65.

16) Paul. R. S. V, 6, 9 i. f. alienam autem aquam usurpanti nummaria poena inrogatur . cuius rei cura ad sollicitudinem praesidis spectat. Cf. l. 2 D. de extraord. cognit. 50, 13 (Ulp. lib. 1. opin.): De usu aquae, de rivis novis inciviliter institutis — praesidem provinciae doceri oportere responsum est, ut is secundum rei aequitatem et iurisdictionis ordinem convenientem formam rei det.

17) Pompon. lib. 19. ad Sab.: Si unus servus tuus hausisset et abstulisset, alter hauriendo deprehensus esset, prioris nomine nec manifesti, alterius manifesti teneberis. Kappeler a. a. O. S. 69.

losigkeit durch den Umstand allein, daß es in ein Gerinne eingeleitet worden ist, welches im Privateigenthum steht, gleichviel ob dieses Gerinne offen oder verdeckt, ob es ausschließlich seinem Eigenthümer zugänglich ist oder beliebigen Dritten. Solange das eingeleitete Wasser den freien Abfluß behält, entzieht es sich kraft des Durchlaufens der Eigenthumsherrschaft.

Und umgekehrt ist eine Flüssigkeit, welche bisher eingefangen, also Gegenstand des Eigenthums gewesen war, wiederum herrenlos geworden, sobald sie, sei es mit dem Willen ihres bisherigen Eigenthümers, sei es gegen denselben, in ungehinderte Bewegung gerathen ist, also weg tropft, rinnt, läuft, fließt.

Theilt nun eine jede hiernach herrenlose Flüssigkeit die Fähigkeit, zu Eigenthum occupirt zu werden, mit allen herrenlosen Sachen, deren der Mensch sich zu bemeistern vermag, so zeigt das auf der Erdoberfläche frei, d. h. herrenlos, fließende Wasser noch die zweite, von jener ersten sehr verschiedene, Fähigkeit, unbeschadet seines Wesens und folglich unter Fortbestand seiner Herrenlosigkeit von jedermann benutzt zu werden, der thatsächlich imstande ist, eine derartige Benutzung zu machen. In solcher Weise läßt sich das frei fließende Wasser benutzen z. B. zum Baden und Waschen, als Triebkraft, zum Flößen und Schiffen. Bei fallenden Regentropfen, bei ausgegossenen oder weglaufenden Flüssigkeiten, die noch nicht in einem Bette, d. h. auf fester Grundlage, fließen, ist dergleichen ungeachtet ihrer Herrenlosigkeit nicht möglich: ihre Benutzung setzt ihr Festhalten voraus, hebt damit also gerade ihre Herrenlosigkeit auf. Auf diesem Gegensatze zwischen den denkbaren Fällen der in Bewegung befindlichen herrenlosen Flüssigkeiten beruht die rechtliche Bedeutung der aqua profluens: [17a]) begrifflich

17a) Es ist offenbar ebenso willkürlich, wie falsch, wenn die

gilt das von ihr Gesagte für jede herrenlose Flüssigkeit, welche in einem Bette hinabfließt. Dahin gehört also nicht blos Wasser der bezeichneten Art, [17b]) sondern nicht minder z. B. das aus einem Bohrloche als Bach abfließende Petroleum, aber auch weggegossene Flüssigkeiten jeder beliebigen Beschaffenheit, sofern sie nur auf der Erdoberfläche weiter fließen. Thatsächlich allerdings kommt von allen Flüssigkeiten wegen der besprochenen Fähigkeit wohl kaum eine andere in Betracht als das Wasser; und so ist es erklärlich, daß die Römer gerade nur von aqua profluens reden. [18])

Diese Fähigkeit kommt außer den im angegebenen Sinne fließenden Flüssigkeiten nur wenigen anderen herrenlosen Gegenständen des Erdkörpers zu. Eben aus dem Grunde, weil die hierher gehörigen Sachen benutzt werden können, ohne Eigenthum des Benutzenden zu werden, ihr

Glosse zu §. 1 J. de R. D. 2, 1 aqua profluens erklärt: Id est de caelo cadens.

17b) Auch das aus der kleinsten Quelle abfließende Wasser, so lange es eben frei fließt. Irrig betrachtet Hesse, Jahrb. Bd. 7 S. 210 f., solches Wasser, wofern es keinen öffentlichen Fluß oder Bach bildet, als portio fundi. Er widerspricht sich jedoch selbst, wie Kappeler a. a. O. S. 58 bemerkt, wenn er S. 314 N. 308 sagt: „sobald der Quellenbesitzer das abfließende Wasser der natürlichen Freiheit überläßt, zu wandern und zu wallen, und ganze Gegenden und Länder zu durchziehen, so wird es Gemeingut — es dient Allen zum Gebrauche, die Bedürfniß und Gelegenheit haben, es zu benutzen."

18) Ob die entscheidende Eigenschaft der aqua profluens besonders deutlich bezeichnet wird, wenn man sie mit v. Gerber, System des Deutschen Privatrechts §. 61 zu N. 2 die „strömende", oder mit Windscheid Lehrbuch Bd. 1 §. 146 unter 3 die „fließende" „Wasserwelle" nennt, mag dahin gestellt bleiben.

Gebrauch alſo rechtlich [19]) einer unbegrenzten Anzahl von Menſchen möglich iſt, heißen ſie im Gegenſatze zu ſolchen herrenloſen Sachen, welche durch eine jede Benutzung in das Eigenthum des Benutzenden gelangen, res communes omnium. Die damit bezeichnete Rechtsſtellung jener Sachen beruht auf ihrer natürlichen Beſchaffenheit; und Marcian der unter ius naturale dasjenige Recht verſteht, welches dem durch die Natur gegebenen Weſen der Dinge entſpricht, [20]) ſagt alſo ganz treffend, jene Stellung ſei naturali iure beſtimmt.

L. 2 §. 1 D. de D. R. 1, 8 (*Marcian.* lib. 1. instit.):

Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: [21]) aer, aqua profluens et mare et per hoc litora maris.

Dieſe unbefangene Auffaſſung der mitgetheilten Stelle beſeitigt zugleich die ſcheinbare Stütze einer Anſicht, welche unter aqua profluens ausſchließlich das Waſſer perenni-

19) Thatſächlich wird freilich in ſehr vielen Fällen nur eine beſchränkte Zahl von Perſonen, vielleicht nur eine einzige, in der Lage ſein, einen ſolchen Gebrauch zu machen; jedenfalls darf ungeachtet der Eigenſchaft der res communis omnium der Grundeigenthümer denjenigen am Gebrauche einer ſolchen Sache hindern, der zwecks des Gebrauchs das Grundſtück unbefugt betritt. Kappeler a. a. O. S. 54. Vgl. unten Ziffer 5 zu N. 89.

20) Im Gegenſatze nämlich zum ius gentium, welches nach §. 2 J. de J. N. G. et C. 1, 2 usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae sibi constituerunt. Vgl. l. 2 D. de natal. restit. 40, 11. (Marcian. lib. 1. instit.) M. Voigt, die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer. Thl. 1 §§. 54 f., namentlich S. 282, §. 89.

21) In dem aus dieſer Stelle gebildeten §. 1 J. de R. D. 2, 1 heißt es: communia sunt omnium haec.

render Flüsse oder Bäche versteht.[22]) Jene Ansicht geht davon aus, daß naturale ius in l. 2 §. 1 cit. dasjenige Recht bedeute, quod natura omnia animalia docuit: — ius — non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune.[23]) Demgemäß sollen Unerschöpflichkeit und Unentbehrlichkeit den Grund und die Grenze des Allen zustehenden Gebrauches bilden; letzterer müsse schon hiernach beschränkt sein auf Wasser, welches man als unerschöpflich annehmen dürfe.[24]) Es mag dahin gestellt bleiben, ob der hierbei angewandte Begriff von naturale ius die daraus hergeleitete Beschränkung der Eigenschaft einer res communis omnium auf das perennirende Wasser rechtfertigen würde, wenn er in der That auch für die l. 2 §. 1 cit. angenommen werden dürfte. Nun wissen wir jedoch, daß Marcian, der Verfasser unsrer Stelle, einen wesentlich verschiedenen Begriff des ius naturale befolgt hat, während umgekehrt Ulpian selbst, der einzige Jurist, der darunter das Recht versteht, quod natura omnia animalia docuit,[25]) daneben vielfach den nämlichen Begriff verwerthet, wie Marcian.[26]) Und sogar auf dem Boden der hier zurückgewiesenen Anschauung ist es vollends willkürlich, den usus communis auf einen solchen Umfang zu beschränken, wie ihn auch Thiere üben können.[27]) Die gleiche

22) So namentlich Hesse Jahrb. Bd. 7 S. 204 ff.
23) L. 1 §. 3 D. de J. et J. 1, 1 (Ulp. lib. 1. inst.).
24) Hesse a. a. O. S. 205 f.
25) M. Voigt a. a. O. §. 56 S. 286 ff.
26) Z. B. L. 42 D. de V. S. 50, 16; l. 35 D. de R. J. 50, 17; l. 2 §. 2 D. de prec. 43, 26; l. 1 pr. D. de pact. 2, 14; l. 11 §. 2 D. de pec. 15, 1; l. 26 §. 12 D. de cond. ind. 12, 6. M. Voigt a. a. O. §. 57 S. 292 ff.
27) Hesse a. a. O. S. 205 zu N. 59. Wenn er selbst S. 206 als Arten solchen Gebrauches auch „Schöpfen ohne be-

Beschränkung würde für den, ebenfalls auf dem naturale ius beruhenden, usus communis am Meere gelten müssen: und doch führen die Quellen die jedermann zuständige Befugniß zum Bauen im Meere gerade auf den usus communis zurück,[28]) wie sich auch für die gleiche Befugniß zur Schifffahrt und zum Netzfischen[29]) im Meere schwerlich eine andre Grundlage finden läßt. — In der That aber gestattet auch ein nicht perennirendes flumen einen Gebrauch, der seinem Wasser die Freiheit nicht nimmt: es ist in Gebirgen etwas sehr Gewöhnliches, das Wildwasser zum Herabflößen von Holz zu benutzen. Und sollte es nicht gelegentlich auch als Triebkraft oder wenigstens zum Waschen und Baden dienen können?

Noch weniger Gewicht hat zwecks Bestimmung des Begriffs der aqua profluens die griechische Paraphrase der Institutionen (2, 1, 1), welche aqua profluens als τὸ ὕδωρ ἀένναον wiedergiebt:[30]) zu dem Wesen des profluere gehört das unaufhörliche Fließen sicherlich nicht.[31])

Mit dem Erfordernisse des Perennirens der aqua profluens zugleich ist eine weitere Voraussetzung zurückgewiesen, welche einzelne Gelehrte für den Begriff des usus communis aufstellen, nämlich die Unentbehrlichkeit.[32]) Frei-

sondere Vorrichtung und Waschen" aufzählt, so ist er damit unbewußt über jene Beschränkung hinausgegangen. Kappeler a. a. O. S. 52.

28) L. 3 §. 1 D. ne quid in loco publ. 43, 8.

29) L. 2 §. 9 D. eod. l. 13 §. 7 D. de iniur. 47, 10. — Kappeler a. a. O.

30) A. M. z. B. Dionys. Gothofredus (bei Reitz ad h. l.), Everard Otto in seiner Institutionenausgabe Trajecti ad Rh. 1729 zu §. 1 J. cit. n. 3.

31) So richtig Schrader ad §. 1 J. cit., der aber trotzdem in der Sache der Paraphrase zustimmt.

32) Hesse a. a. O. S. 205. Kappeler a. a. O. S. 49 f. S. 55 f.

lich sind Luft und Wasser für das menschliche Leben unentbehrlich; allein so wenig jede einzelne Benutzungsweise unentbehrlich ist, die im usus communis liegt, so wenig ist es namentlich auch die Benutzung eines Gießbaches überhaupt. Dasselbe gilt, ungeachtet des bekannten: navigare necesse est, vivere non von der Benutzung des Meeres und seines Gestades. Folglich kann die Unentbehrlichkeit der Benutzung nicht den rechtlichen Grund des usus communis bilden. Wohin übrigens würde die gesetzgeberische Erwägung führen, welche das Unentbehrliche dem allgemeinen Gebrauche frei geben wollte?!

2. Es leuchtet unmittelbar ein, daß die aqua profluens, wie sie selbst herrenlos ist, nothwendig auch das von ihr eingenommene Bett der vollen rechtlichen Herrschaft des Menschen entzieht.

Indessen ist einerseits die zeitliche Dauer dieser Entziehung, anderseits die Möglichkeit, das Bett dem Durchflusse des Wassers zu verschließen, bei den einzelnen Wasserzügen so wesentlich verschieden, daß danach die rechtliche Behandlung des einzelnen Wasserzuges bestimmt werden muß.

Manche Wasserzüge führen nur zeitweis Wasser, liegen dagegen zu anderen Zeiten trocken oder halten doch nur stehendes Wasser in Lachen. An den Rinnsalen dieser Wasserzüge ist Eigenthum durchaus statthaft: der zeitweilige Wasserdurchlauf beschränkt es allerdings, schließt es aber ebensowenig aus, wie die vorübergehende Ueberschwemmung eines perennirenden Flusses das Eigenthum der überflutheten Grundstücke aufhebt.[33]) Eben deshalb heißt es von einem nicht perennirenden flumen: nihil — differt a ceteris locis privatis.

33) L. 1 D. h. t. §. 9 (s. unten S. 351 vor N. 43) vbd. mit l. 7 §. 5 D. de a. r. d. 41, 1. (s. unten S. 349 f. zu N. 36 ff.).

Nicht minder besteht am Bette vieler Wasserzüge, die ununterbrochen Wasser führen, das vor der Wasserdurchführung begründete Eigenthum fort, nämlich überall da, wo man nach augenblicklichem Belieben den Wasserdurchlauf abzustellen und damit das Gerinne auch thatsächlich der vollen Eigenthumsherrschaft wieder zu unterwerfen vermag. Dies ist der Fall bei allen künstlichen Wasserzügen, die nicht an die Stelle natürlicher getreten sind.[34]) Hierher gehören namentlich auch solche Mühlgräben, welchen durch Abschützen oder Abdämmen der Wasserzulauf abgeschnitten wird, sodaß das Wasser statt durch den Mühlgraben nunmehr ohne weiteres in dem Bette abläuft, von dem es, etwa mittels eines Wehres, ferngehalten und in den Graben abgeleitet wurde. Es trifft aber ebenso für die größesten Kanäle zu, sofern sie durch Abschließen des Wasserzutritts trocken gelegt werden können. Wie gewaltig auch immer die Wassermenge sein möge, welche ein derartiges Gerinne durchfließt: der Mensch hat hier diejenige Herrschaft über das Gerinne nicht verloren, die wir Besitz und Eigenthum nennen.

Umgekehrt fehlt ihm diese Herrschaft da, wo Wasser ununterbrochen in einem natürlichen Gerinne hinabfließt, oder zwar in einem künstlichen, aber in einem solchen, das ganz an die Stelle des natürlichen getreten ist.

L. 1 cit. §. 8:

Si fossa manu facta sit, per quam fluit publicum flumen, nihilo minus publica fit: et ideo si quid ibi fiat, in flumine publico factum videtur.[34a])

34) Vgl. l. un. §§. 5 sq. D. ut in flum. publ. navig. lic. 43, 14 (Ulp. lib. 68. ad ed.): Fossa est receptaculum aquae manu facta (factum *leg.*) §. 6: Possunt autem etiam haec (sc. lacus, fossa, stagnum cf. l. un. cit. pr. i. f.) esse publica. Also in der Regel sind sie privata.

34a) Irrig sieht Kappeler a. a. O. S. 59 und S. 104 den entscheidenden Umstand im Durchfließen des Wassers.

Um so mehr muß das Gleiche gelten für ein Bette, das nur in einzelnen Theilen durch Menschenhand gestaltet worden ist, wie denn in alt cultivirten Gegenden wohl kaum ein Fluß ohne solche künstliche Aenderung seines Bettes geblieben ist. Allerdings ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, auch derartige, natürliche oder ganz oder theilweis künstliche, Gerinne trocken zu legen; allein dies setzt voraus, daß dem Wasser zuvor ein neues Bette gebahnt worden ist. Es bedarf kaum der Bemerkung, daß sich ohne das nicht einmal der kleinste Bach die Herrschaft über sein Bett abnehmen läßt. [34b])

34b) Auf mangelhafter Anschauung beruht die Ausführung Burchardis Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht Bd. 1 S. 112 f.: „Wenn die Römer trotz der Unfähigkeit des fließenden Wassers, in diesem Zustande im Eigenthum zu stehen, flumina publica und privata unterscheiden, so kann dies nur auf das Flußbett gehen, wie denn auch dieses in den öffentlichen Flüssen als alveus publicus (l. 7 §. 5, l. 30 §. 3, l. 65 §. 4 D. de a. r. d. 41, 1, l. 1 §. 7 D. h. t.), in den Privatflüssen als locus privatus (l. 1 §. 4 D. h. t.) bezeichnet wird. Das Flußbett wird eben rechtlich anders angesehen und behandelt, als das Wasser darin, und wenn also die Römer in letzterem kein Hinderniß gefunden haben, bei den Privatflüssen Eigenthum ihrer Besitzer am Grund und Boden anzunehmen, so haben sie mit gleichem Recht und ebenso gut bei den öffentlichen Flüssen den Staat als Eigenthümer des Flußbettes auffassen können. Der Staat war hier daher nicht minder als bei den öffentlichen Wegen und Plätzen der Grundherr, dominus soli. Nur darin wichen die öffentlichen Flüsse von den andern Arten der res publicae ab, daß es keine öffentlichen Flüsse der Communen gab, sondern alle öffentlichen Flüsse res populi Romani waren." Hätte Burchardi erkannt, weshalb nur diejenigen Flüsse flumina privata sind, welche kein perennirendes Wasser führen, so würde er

Ebenso selbstverständlich aber erscheint es, daß die gleiche Nothwendigkeit, welche an flumina perennia das Eigenthum der Privaten ausschließt, auch dem privatrechtlichen Eigenthume des Regenten, des Staates oder der Gemeinden entgegensteht. Wenn neuere Gesetze dem Staate [35]) oder den Gemeinden an den s. g. öffentlichen Flüssen, den Anliegern an den anderen „Eigenthum" zuschreiben, so vermag das an jener Nothwendigkeit nicht das Geringste zu ändern: was sie „Eigenthum" nennen, ist eben gar nicht das bekannte Eigenthum des Privatrechtes, sondern ein davon wesentlich verschiedenes Verhältniß, welches, was die s. g. öffentlichen Flüsse angeht, zum Theil dem öffentlichen, zum Theil, nämlich soweit es auf einem Regale beruht, dem Privatrechte, [35a]) was die s. g. Privatflüsse i. d. S. angeht, ausschließlich dem Privatrechte angehört.

Es ist damit dargelegt, wie das Wesen der flumina perennia, die in einem natürlichen oder in einem, ganz oder theilweis, künstlichen, aber an die Stelle des natürlichen getretenen Bette fließen, Besitz und Eigenthum an

die richtige Thatsache, daß das Bett dieser Flüsse im Eigenthume Privater steht, nicht zur Grundlage der Schlußfolgerung genommen haben: also steht das Bett öffentlicher Flüsse im Eigenthume des Staates.

35) So das allgemeine Preußische Landrecht Thl. II Tit. 14 §. 21.

35a) Vgl. das Erkenntniß des Obertribunals Berlin (1873) in Striethorsts Archiv Bd. 87 S. 320: „Der Fiscus ist nicht Eigenthümer der öffentlichen Flüsse. Dieselben stehen im gemeinen Eigenthume des Staates, nicht in dessen besonderm Eigenthum, sie sind res publicae, nicht res fisci. Nur die von ihnen zu ziehenden einzelnen Nutzungen sind als fiscalisches Eigenthum anzusehen"? — C. G. v. Wächter Pandekten I §. 60 Beil. II. B. S. 281 f.

dieſem Bette unmöglich macht. Uebrigens wird der Begriff eines flumen perenne im Einzelfalle durch den Umſtand nicht aufgehoben, daß ausnahmsweis, insbeſondere infolge lang andauernder trockener Hitze, der Waſſerlauf verſiegt. So waren in den Jahren 1857, 1858 und 1859 viele, ſonſt ganz kräftige, Bäche vollſtändig ausgetrocknet, füllten ſich aber demnächſt, nachdem ihre Quellen wieder Nahrung erhalten hatten, in alter Weiſe mit fließendem Waſſer.

Kann demnach der von einem perennirenden fließenden Gewäſſer dauernd bedeckte Grund und Boden nicht dem Beſitze und Eigenthume im Sinne des Privatrechtes unterworfen ſein, ſo muß ein bisher in dieſen Verhältniſſen befindliches Grundſtück denſelben dadurch entzogen werden, daß ein ſolches Gewäſſer es dauernd als Bette einnimmt, — und zwar ohne Unterſchied, ob dies kraft elementarer Gewalt geſchieht oder infolge menſchlicher Thätigkeit.

L. 1 cit. h. t. §. 7 i. f.:

— ille etiam alveus, quem sibi flumen fecit, etsi privatus ante fuit, incipit tamen esse publicus, quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus.

L. 3 §. 17 D. de a. v. a. p. 41, 2:

(*Paul.* lib. 54. ad ed.) *Labeo* et *Nerva* filius responderunt desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupaverit.

L. 30 §. 3 eod.:

(*Paul.* lib. 15. ad Sabin.) Item quod mari aut flumine occupatum sit, possidere nos desinimus etc.

Dies gilt auch für die Häfen an Flüſſen: ihrem Zwecke gemäß müſſen ſie mit fließendem Waſſer in dauernder Verbindung ſtehen; und eben deshalb ſind auch ſie res publicae.

L. 4 §. 1 D. de D. R. 1, 8:

(*Marcian.* lib. 3. inst.) Sed flumina paene [35b]) omnia et portus publica sunt.

Und zwar iſt das frühere Eigenthum an einem Grundſtücke, welches einmal Flußbette geworden iſt, für immer beſeitigt; es lebt nicht etwa wieder auf, wenn der Fluß dieſes ſein neues Bette ſpäter wieder verläßt.

L. 7 §. 5 D. de a. r. d. 41, 1:

(*Gai.* lib. 2. rer. cottid. s. aur.) Quodsi toto [36]) naturali alveo relicto [37]) alias [38]) fluere coeperit (scil. flumen), prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam [39]) praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cuiusque praedii, [40]) quae latitudo prope ripam sit, novus autem alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publicus iuris gentium [41]) . quodsi post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit et [42]) flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam eius praedia possident . cuius tamen

35b) Ausgenommen ſind die nicht perennirenden Flüſſe, von den Häfen diejenigen an privaten Landſeen. L. 4 §. 6 D. de cessit. 50, 15: (Ulb. lib. 3. de censib.) Lacus quoque piscatorios et portus in censum dominus debet referre. — Der aus l. 2 §. 1 entnommene Eingang des §. 2 J. de R. D. 2, 1 läßt das „paene“ weg; ſachliche Bedeutung hat dieſe Auslaſſung nicht: es iſt eben von den nicht perennirenden flumina und den Häfen an Landſeen abgeſehen. So Schrader ad h. l. Kappeler a. a. O. S. 94 f.

36) toto fehlt in dem aus dieſer Stelle gebildeten §. 23 J. de R. D. 2, 1.

37) §. 23 J. cit.: in universum derelicto.

38) §. 23 cit.: alia parte.

39) §. 23 cit.: ripam eius.

40) §. 23 cit.: agri.

41) iuris gentium fehlt in §. 23 cit.

42) et fehlt in §. 23 cit. und iſt zu ſtreichen.

totum agrum novus alveus occupaverit, licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen, non tamen is, cuius is ager fuerat, stricta ratione quicquam in eo alveo habere potest, quia et ille ager qui fuerat desiit esse amissa propria forma, et qui vicinum praedium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere: sed vix est, ut id obtineat.

Die letzten Worte sollen wohl nur sagen, daß die Verlegung eines Flusses aus seinem bisherigen Bette in ein neues dann als bloße Ueberschwemmung aufgefaßt zu werden pflege, nicht als ein Wechsel des Flußbettes, wenn der Fluß alsbald in sein altes Bette zurückkehrt.[42a]) So verstanden stimmen jene Worte ganz überein mit l. 23 D. quib. mod. ususfr. amitt. 7, 4:

(*Pompon.* lib. 23. ad Q. *Mucium.*) Si ager, cuius ususfructus noster sit, flumine vel mari inundatus fuerit, amittitur ususfructus, cum etiam ipsa proprietas eo casu amittatur: ac ne piscando quidem retinere poterimus usumfructum . sed quemadmodum, si eodem impetu discesserit aqua, quo venit, restituitur proprietas, ita et usumfructum restituendum[42b]) dicendum est.

Der unverkennbare Gegensatz, in welchem der zweite Theil dieser Stelle zu ihrem ersten steht, stellt es m. E. außer Frage, daß gegenüber dem amitti usumfructum — proprietatem im ersten Theile das restitui nicht sowohl die Wiederherstellung des untergegangenen Rechtes bedeutet, als vielmehr die Wiederherstellung der thatsächlichen Ausübung dieses Rechtes, welches niemals untergegangen ist, —

42a) So Henrici in v. Iherings Jahrb. Bd. 13 S. 66 N. 14.

42b) restitui *leg.* Krueger.

m. a. W. genau dasselbe, was Javolenus in l. 14 pr. D. quemadm. serv. am. 8, 6 (s. unten S. 352) genauer in pristinum statum restitui nennt. [42c])

Eine bloße Ueberschwemmung nämlich, welche nur vorübergehend das Bette des Flusses erweitert, demnächst aber wieder abläuft, bewirkt eine rechtliche Veränderung an Besitz und Eigenthum der überschwemmten Länderei nicht.

L. 1 cit. h. t. §. 9:

Aliter atque si flumen aliquam terram inundaverit, non alveum sibi fecerit: tunc enim non fit publicum, quod aqua opertum est.

L. 7 cit. §. 6 D. de a. r. d. 41, 1:

Aliud [43]) sane est, si cuius ager totus [44]) inundatus fuerit: namque inundatio speciem fundi non mutat, [45]) et ob id, cum [46]) recesserit aqua, palam est eiusdem esse, [47]) cuius et fuit.

L. 30 §. 3 eod.:

(*Pompon.* lib. 34. ad Sabin.) Alluvio (d. h. das Ablaufen des Wassers) [48]) agrum restituit eum, quem impetus fluminis totum abstulit . itaque si ager, qui inter viam publicam et flumen fuit, inundatione fluminis occu-

42c) A. M. v. Wächter a. a. O. S. 280 unter III, 6 zugleich auch für l. 30 §. 3 D. de a. r. d. 41, 1 (s. unten den Text). Vgl. auch Kappeler a. a. O. S. 105 f.

43) Der aus dieser Stelle gebildete §. 24 J. de R. D. 2, 1 liest: Alia sane causa.

44) §. 24 cit.: totus ager.

45) §. 24 cit.: neque enim — commutat.

46) §. 24 cit.: si.

47) §. 24 cit.: eum fundum eiusdem manere.

48) Schulting ad h. l. nach Dionys. Gothofredus: Decrementum aquae qualecunque etc. Sic l. 14 (pr.) quemadm. serv. amitt. (8, 6. S. unten n. S.). S. auch l. 38 de a. r. d. 41, 1 (unten Ziffer 4 zu N. 4).

patus esset, sive paulatim occupatus est sive non paulatim, sed eodem impetu recessu fluminis restitutus, ad pristinum dominum pertinet: flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant et ex publico in privatum: itaque sicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus esset, fuisset publicus, ita nunc privatus eius esse debet, cuius antea fuit.

Bezeichnend iſt hier der Ausdruck: eodem impetu recessu fluminis; es kommt alſo darauf an, ob die Ueberfluthung und das ſpätere Wiederablaufen des Waſſers gewiſſermaßen Stücke desſelben Hergangs ſind, oder je für ſich einen abgeſchloſſenen Hergang bilden.

L. 14 pr. D. quemadm. serv. amitt. 8, 6:
(*Javolen.* lib. 10. ex Cassio.) Si locus, per quem via aut iter aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset et intra tempus, quod ad amittendam servitutem sufficit, alluvione [49]) facta restitutus est, servitus quoque in pristinum statum restituitur: quod si id tempus praeterierit, ut servitus amittatur, renovare eam cogendus est.

Der Schluß der Stelle braucht nicht unbedingt von einer Dauer der Ueberfluthung verſtanden werden, welche die Friſt des Unterganges der Servitut durch non usus umfaßt. Freilich betrug dieſe Friſt zur Zeit Javolens nur zwei Jahre; [49a]) allein eine zwei Jahre überdauernde Ueberfluthung wird nur unter ganz beſonderen Vorausſetzungen noch als bloße Ueberſchwemmung gelten können. Der Juriſt hat ohne Zweifel wenigſtens vorzugsweis ſolche Fälle vor Augen, in denen während der Ueberſchwemmung die Servitut infolge der nothgedrungenen Fortſetzung des

49) S. oben zu N. 48.
49a) L. 13. l. 14 pr. Cod. de servit. 3, 34.

vorher bereits begonnenen non usus erlischt; gegen diesen Verlust, will er sagen, findet in integrum restitutio ex clausula generali statt. [49b])

L. 24 pr. §. 1 D. quib. m. ususfr. amitt. 7, 4: (*Javolen.* lib. 4. ex poster. Labeonis.) Cum usum fructum horti haberem, flumen hortum occupavit, deinde ab eo recessit; ius quoque usus fructus restitutum esse *Labeoni* videtur, quia id solum perpetuo eiusdem iuris mansisset . ita id verum puto, si flumen inundatione hortum occupavit: nam si alveo mutato inde manare coeperit, amitti usum fructum existimo, cum is locus alvei publicus esse coeperit, neque in pristinum statum restitui posse. §. 1. Idem iuris in itinere et actu custodiendum esse ait *Labeo*: de quibus rebus ego quidem quod in usu fructu sentio.

Ohne Zweifel erörtert im principium dieser Stelle Labeo genau denselben Fall, den Pomponius am Schlusse der in der Compilation unmittelbar vorhergehenden l. 23 D. eod. (s. oben S. 350) bespricht: unter dem hortum occupare und dem ab eo recedere ist ein bloßes Austreten des Flusses über seine Ufer verstanden, nicht das Bahnen eines neuen Bettes. Immerhin aber könnten jene Ausdrücke auch da gebraucht werden, wo der Fluß, wenngleich nur vorübergehend, ein neues Bett eingenommen hat. Und die Wendung „ius — ususfructus restitutum esse“ scheint sogar für die letztere Bedeutung jener Ausdrücke zu sprechen, da streng genommen von der Wiederherstellung eines Rechtes nur dann die Rede sein kann, wenn dasselbe zuvor untergegangen ist. Indessen begreift es sich, wie der Jurist gerade zu der Bezeichnung „restitui“ gelangt ist.

49b) S. auch l. 1 §. 9 D. de it. actuq. priv. 43, 19. Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1 §. 119 N. 15.

Erſt der ſpätere Verlauf kann zeigen, ob es ſich um eine bloße Ueberſchwemmung handle oder um die Verlegung des Flußbettes; einſtweilen muß der Eigenthümer des überflutheten Grundſtücks ſein Eigenthum preisgeben: mit dem Ablaufen des Waſſers wird es ihm wieder zurückgeſtellt. In der That aber ſtimmt nur zu dieſer Auffaſſung des restitui die Begründung: quia id solum perpetuo eiusdem iuris mansisset. Hiernach enthält die Bemerkung des Javolenus alſo keineswegs eine ſachliche Berichtigung Labeos, ſondern lediglich eine genauere Faſſung ſeines Gedankens. Wer mit Dernburg [49c]) aus unſerer Stelle entnimmt, daß Labeos Anſicht über den alveus relictus von der ſpäter allgemein gebilligten abwich, der iſt m. E. genöthigt, die gleiche Abweichung nach l. 23 eod. auch dem Sabinianer Pomponius zuzuſchreiben, der ſich des nämlichen Ausdrucks „restitui“ bedient.

Im Gegenſatze zum fließenden Waſſer kann ſtehendes Waſſer recht wohl der menſchlichen Eigenthumsherrſchaft unterliegen, und ſofern dies der Fall iſt, entzieht es auch den von ihm bedeckten Grund und Boden jener Herrſchaft nicht. Eben deshalb macht es für die rechtliche Behandlung des ſtehenden Waſſers einen Unterſchied nicht, ob dasſelbe als Teich oder Landſee perennirt, [50]) oder als

49c) Pandekten 3. Aufl. Bd. 1 §. 207 N. 8 S. 480 f.

50) Vgl. l. 4 §. 6 D. de censib. 50, 15 (ſ. oben S. 349 N. 35b). L. 13 §. 7 i. f. D. de iniur. 47, 10 (Ulp. lib. 57. ad ed.): in lacu tamen, qui mei dominii est, utique piscari aliquem prohibere possum. L. 23 §. 1 D. de S. Pr. R. 8, 3 (Paul. lib. 15. ad Sabin.): Si lacus perpetuus in fundo tuo est, navigandi quoquo servitus, ut perveniatur ad fundum vicinum, imponi potest. S. auch l. 24 §. 3 D. de a. et a. pl. 39, 3; l. 12 pr. D. D. de a. r. d. 41, 1; l. 69 D. de C. E. 18, 1. Vgl. Elvers Themis N. F. Bd. 1 S. 427.

Pfütze, Lache, Sumpf nur zeitweis die Erdoberfläche bedeckt.

Indeſſen iſt nicht ſelten die Maſſe eines ſtehenden Waſſers ſo groß, ſeine Tiefe ſo erheblich, oder der, wennſchon nur zeitweis, von ihm bedeckte Boden in dem Grade von ihm durchtränkt, daß die volle Beherrſchung des Waſſers ſelbſt wie ſeines Bodens dem Menſchen thatſächlich unmöglich bleibt. Hierauf beruht der Unterſchied der lacus und stagna privata und publica.

L. un. §§. 3—6 D. ut in flum. navigare lic. 43, 13:

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Lacus est, quod perpetuum habet aquam. §. 4. Stagnum est, quod temporalem contineat aquam ibidem stagnantem, quae quidem aqua plerumque hieme cogitur. [51]) §. 5. Fossa est receptaculum aquae manu facta. [52]) §. 6. Possunt autem etiam haec esse publica.

Die hiernach entſcheidende Thatſache iſt in Culturländern durch die Anſicht der Umwohner längſt feſtgeſtellt worden, ſo daß ſie im Einzelfalle nicht mehr unterſucht zu werden braucht, vielmehr gewiſſermaßen wie gemäß rechtskräftiger Entſcheidung einfach hingenommen werden muß.

Entzieht ſich das fließende Waſſer vermöge ſeiner Bewegung der Eigenthumsherrſchaft, ſo ergiebt ſich umgekehrt, daß dasſelbe ein für ſie geeigneter Gegenſtand wird, ſobald es zu Eis erſtarrt, alſo zu fließen aufhört. Da es vor dieſer Umwandlung herrenlos geweſen, ſo unterliegt es nunmehr als Eis der willkürlichen Aneignung durch Occu-

51) Vgl. Varro de L. L. V, 26: Lacus lacuna magna, ubi aqua contineri potest. Palus paululum aquae in altitudinem et palam latius effusae. Stagnum a Graeco, quod ii στεγνόν, quod non habet rimam etc.

52) factum *scr.*

pation. Indessen haben theils polizeiliche Rücksichten, theils die particularrechtlich dem Staate oder auch privaten Anliegern beigelegten Rechte auf die Benutzung eines perennirenden Gewässers der Ausübung jener willkürlichen Aneignung mannigfache Schranken gezogen; und bei Wasserzügen mit perennirendem Wasser gehören Eislauf und Schlittenfahrt zu dem Gemeingebrauche, der an ihnen ungeachtet der Eisdecke rechtlich bestehen bleibt.

3. Wenn das Bette, welches von fließendem Wasser ununterbrochen eingenommen ist, eben deshalb herrenlos sein muß, so wird es dem menschlichen Eigenthume zugängig, sobald der Durchfluß des Wassers dauernd aufgehört hat.

Denkbar wäre es nun, daß eine Rechtsordnung das vom durchfließenden Wasser verlassene ehemalige Wasserbett unterschiedslos als res nullius behandelte, m. a. W. es demjenigen zu Eigenthum überließe, der es in Besitz nimmt.

Das römische Recht jedoch hat diese Behandlung zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, aber immerhin nur als vereinzelte Ausnahme zugelassen. Meist freilich nimmt man an, [53]) daß sie durchgehends dann eingetreten sei, wenn die Umgebung des Flusses aus agri limitati bestand. Sie würde mithin gar nicht so selten gewesen sein, zumal da in dieser Hinsicht als agri limitati nicht nur solche Grundstücke gelten, die, nach den Regeln der Feldmeßkunst vermessen, den einzelnen Flurgenossen assignirt waren, [53a]) sondern auch diejenigen, welche als agri quaestorii auf Staatsrechnung verkauft, oder als agri vectigales seitens des Staates oder einer Gemeinde in Erbpacht gegeben

53) S. z. B. Elvers Themis N. F. Bd. 1 S. 430 zu N. 37.

53a) Vgl. Mommsen Hermes Bd. 27 S. 79 ff.

waren.[53b]) Den Beweis für jene Annahme hinsichtlich der Behandlung der agri limitati im angegebenen Sinne findet man in l. 1 §. 7 h. t.:

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Simili modo et si flumen alveum suum reliquit et alia fluere coeperit, quidquid in veteri alveo factum est, ad hoc interdictum non pertinet: non enim in flumine publico factum erit, quod est[54]) utriusque vicini aut, si limitatus est ager, occupantis alveus fit: certe desinit esse publicus etc.[55])

Indessen werden wir, ohne deshalb in Widerspruch zu vorstehender Stelle zu gerathen, bei genauerer Betrachtung erkennen, daß der alveus relictus bei agri assignati allgemein allerdings ebenso, wie bei agri arcifinales, aufhörte, publicus zu sein, daß er aber nur unter ganz besondrer Voraussetzung der willkürlichen Occupation zu Eigenthum zu unterliegen vermochte.

Bei der Assignation einer Flur konnte ein Fluß in

53b) Hyginus de generibus controversiarum in Gromatici veteres ex rec. C. Lachmanni p. 125 v. 19—p. 126 v. 2: In quaestoriis et vectigalibus agris fere eadem observatio est, quae in adsignatis (scil. si de alluvione agetur), quoniam secundum formas (d. i. Flurkarten) disputatur. Rudorff, gromatische Institutionen (in: Schriften der römischen Feldmesser herausg. v. F. Blume, K. Lachmann und A. Rudorff Bd. 2) S. 452 N. 563. Vgl. jedoch Hygin. de condicionibus agrorum p. 115 v. 15—p. 116 v. 4 und Sicul. Flacc. de cond. agr. p. 152 v. 23—p. 153 v. 6) (s. unten zu N. 79a). — Auch die nach Siculus Flaccus l. c. p. 158 v. 5—8 (unten N. 58) auf Rechnung der Gemeinde Pisaurum verkauften Grundstücke müssen hier als agri limitati gelten.

54) ibi factum: iam enim alveus factus est *ins.* M.

55) Die hier nicht in Betracht kommende Fortsetzung der Stelle s. oben S. 348.

dreifacher Art berücksichtigt werden. [56]) Entweder blieb der Fluß und seine nächste Umgebung als s. g. subsecivum von der zur Assignation gelangenden Gebietsmasse ganz ausgeschlossen. [57]) Oder es wurde dem als Person gedachten Flusse selbst sein Bett sammt einem Stücke Landes, meist mehr oder minder viel von seinem Ueberschwemmungsgebiete, wie ein dem vetus possessor zurückgegebener locus exceptus zugewiesen. [58]) Oder endlich: der Fluß wurde in

56) Vgl. zum Folgenden Rudorff a. a. O. §. 59 S. 399 f. §. 80 S. 451—454; A. Pernice Labeo Bd. 1 S. 274 ff.

57) Siculus Flaccus l. c. p. 157 v. 18—20: In quibusdam regionibus fluminum modus — tamquam subsecivus relictus est. (Vgl. unten N. 58.)

58) Sicul. Flacc. l. c. p. 157 v. 18—p. 158 v. 7: In quibusdam regionibus fluminum modus assignationi cessit, in quibusdam vero tamquam subsecivus relictus est, aliis autem exceptus inscriptumque flumini illi tantum . ut in Pisaurensi comperimus datum assignatumque ut veterano, deinde redditum suum veteri possessori, flumini Pisauro tantum, in quo alveus; deinceps et ultra ripas aliquando adscriptum modum per omnes centurias, per quas id flumen decurreret . quod factum auctor divisionis assignationisque iustissime prospexit: subitis enim violentisque imbribus excedens ripas defluet, quoad etiam ultra modum sibi adscriptum egrediatur vicinorumque vexet terras . cum ergo possessores hoc incommodum patiantur adsiduitate tempestatum, contentoque flumine alveo ripisque suis aequum videatur iniuriam passos subsequi terras usque ad alveum fluminis, has tamen terras Pisaurenses publice vendiderunt, quas credendum est proximos quosque contingentes eas emisse vicinos. Hyginus de cond. agr. p. 120 v. 7—12: Fluminum autem modus in aliquibus regionibus intra centurias exceptus est, id est adscriptum flumini tantum, quod alveus occuparet . ali-

die zur Affignation gelangende Maſſe miteinbegriffen und wie das in dieſer Maſſe enthaltene feſte Land mit affignirt.[59])

quibus vero regionibus non solum, quod alveus occuparet, sed etiam agrorum aliquem modum flumini adscribsit, quoniam torrens violentior excedit frequenter circa alveum [et] centurias. Id. de generib. controv. p. 125 v. 5—18: Scio enim quibusdam regionibus cum assignarentur agri, adscriptum aliquid per centurias et flumini . quod ipsum providit auctor dividendorum agrorum, ut quotiens tempestas concitasset fluvium, quo excedens alveum per regionem vagaretur, sine iniuria cuiusquam defluueret; cum vero ripis suis curreret, proximus quisque utereretur modum flumini adscriptum . nec erat iniquum, quoniam maiores imbres aliquando excedere aquam iubent ultra modum flumini adscriptum et proximos cuiusque vicini agros inundare . hos tamen agros, id est hunc omnem modum, qui flumini per centurias ascriptus erat, res publica populi quondam vendidit: in qua regione si de alluvione agaretur, magnae quaestiones erunt, ut secundum aes (d. h. das in Erz gegrabene Hauptexemplar der Vermeſſungskarte Ruborff a. a. O. S. 405) quitquit venditum est restituatur emptori. Aggenus Urbicus comment. ad Frontini lib. I de controversiis, der p. 17 v. 16—22 den Hyginus a. a. O. bis zu dem Worte *vendidit* faſt wörtlich ausſchreibt, fährt dann v. 22—28 fort: hae questiones maxime in Gallia tota (togata *leg.* cf. Frontin. lib. II de controv. p. 50 v. 20) moventur, quae multis contexta fluminibus immodicas Alpium nives in mare transmittit et subitarum regelationum (d. i. Aufthauen, Schmelzen) repentinas inundationes patitur (Frontin. l. c. v. 22 sq.: repentina inundatione patitur iniurias) . aliquibus locis impetraverunt a presidae provintiae, ut aliquam latitudinem flumini daret . nam et in Italia Pisaurum flumini latitudo est assignata eatenus, quo usque alluebat.

59) Sicul. Flacc. p. 157 v. 18 sq. (ſ. oben N. 58 S. 358).

Es leuchtet unmittelbar ein, daß die letzte der genannten drei Möglichkeiten der Occupation des alveus relictus überhaupt keinen Raum ließ: soweit innerhalb des zugewiesenen Stückes, der accepta, eines Flurgenossen ein Flußbett austrocknete, damit also aufhörte, publici iuris zu sein, war es nunmehr Privateigenthum jenes Flurgenossen geworden.

War dem Flusse sein Bette sammt einem weitern Gebiete zugewiesen, so wurde allgemein den Anliegern [60]) gestattet, jenes Gebiet soweit als möglich [61]) in thatsächliche Benutzung zu nehmen: dies galt als billiger Ausgleich für die mancherlei Nachtheile, welche der Fluß ihnen bereitete. [62])

Frontin. lib. II de controv. agr. p. 51 v. 3—17: Multa flumina et non mediocria in adsignationem mensurae antiquae ceciderunt: nam et deductarum coloniarum formae indicant; ut multis fluminibus nulla latitudo sit relicta . sequitur in his fluminibus artem mensoriam aliquem locum sibi vindicare, quatenus acto limite accepta (d. i. das dem einzelnen Theilnehmer assignirte Stück) finiatur, qua vel aquam vel agrum vel utrumque habere debeat unus . fuit enim fortasse tunc ratio non simplex, qua deberet quis quid deductorum etiam aquae accipere . primum quod exiguitas agrorum conditorem ita suadebat . deinde quod non erat ingratum possessori proximum esse aquae commodo . tertio quod, si sors ita tulerat, aequo animo ferendum habebat . in his agris exigitur fere mensura secundum postulationem aeris formarumque . quo pertica cecidit, eatenus acceptae designantur.

60) Hygin. l. c. p. 125 v. 10—14 (oben N. 58 S. 359): proximus quisque uteretur modum flumini adscriptum.

61) Sicul. Flacc. l. c. p. 158 v. 2—5 (oben N. 58 S. 358): aequum videatur iniuriam passos (die der Ueberschwemmung Ausgesetzten) subsequi terras usque ad alveum fluminis.

62) Sic. Flacc., Hygin. ll. cc.

Verlegte nun innerhalb des ihm zugewiesenen Gebietes der Fluß sein Bette, so unterlag demnach das verlassene Bette allerdings der Occupation, allein nicht der Occupation eines jeden Beliebigen, sondern nur derjenigen der Anlieger, und zwar nicht zu Eigenthum, sondern nur zur Benutzung.

In manchen Fällen ging man einen Schritt weiter. So ist uns überliefert, daß das ursprünglich dem Flusse Pisaurus zugewiesene Ueberschwemmungsgebiet (quo usque alluebat) [63]) später auf Rechnung der Gemeindecasse von der Colonie Pisaurum den Anliegern verkauft wurde. [64]) Und auch anderswo scheint dergleichen vorgekommen zu sein. [65]) So weit zu dem verkauften Gebiete Theile eines verlassenen Flußbettes gehört haben sollten, war auch hier die Occupation zu Eigenthum ausgeschlossen.

Eine ähnliche Behandlung trat anscheinend nicht selten auch dann ein, wenn der Fluß sammt seiner Umgebung als subsecivum liegen geblieben war. Auch hier hatte man zunächst die Benutzung der subseciva den Anliegern überlassen; Vespasian nöthigte dann die Occupanten, das von ihnen in Benutzung gehaltene Land gegen Taxe zu erwerben, wenn sie es nicht auf Rechnung des Fiscus anderweitig verkauft sehen wollten. [66])

63) Agg. Urb. l. c. p. 17 v. 27 sq. (oben N. 58 a. E. S. 359).

64) Sicul. Flacc. l. c. p. 158 v. 5—7 (oben N. 58 S. 358).

65) Hygin. l. c. p. 125 v. 14—18 (s. oben N. 58 S. 359).

66) Frontin. l. c. lib. II p. 54 v. 1—7 (s. unten N. 69). Bei diesem Anlasse setzten die Occupanten der subseciva es beim praeses provinciae mehrfach durch, daß die unfruchtbaren Ufer des Flusses als eine dem Flusse selbst gelassene Breite von dem Ankaufe ausgeschlossen wurden. Agg. Urb. l. c. p. 17 v. 25 sqq. (oben N. 58 a. E. S. 359). Frontin. l. c. p. 51 v. 20—25—p. 52 v. 1—13: scio in Lusitania, finibus Emeritensium, non exi-

Hiernach bleibt bei agri assignati, wenn ich nicht irre, nur ein einziger Fall übrig, in welchem ein verlaſſenes Flußbett als res nullius von jedem Beliebigen zu Eigenthum occupirt werden konnte. Es iſt dies der Fall, wo der Fluß, dem ſein Bett ſammt angrenzender Länderei zugewieſen worden war, ſich außerhalb des ganzen ihm zugewieſenen Stückes ein neues Bette geſucht und ſomit durch Zurückweichen aus jenem Stücke ſein Recht daran aufgegeben hatte. Da nämlich das dem Fluſſe zugewieſene Stück als ein dem vetus possessor zurückgegebener locus excep-

guum per mediam coloniae perticam ire flumen Anam, circa quod agri sunt adsignati, qua usque tunc solum utile visum est . propter magnitudinem enim agrorum veteranos circa extremum fere finem velut terminos disposuit, paucissimos circa coloniam et circa flumen Anam: reliquum ita remanserat, ut postea repleretur . nihilo minus et secunda et tertia postea facta est adsignatio: nec tamen agrorum modus divisione vinci potuit, sed superfuit inadsignatus . in his agris cum subsiciva requirerentur, inpetraverunt possessores a praeside provinciae eius, ut aliquam latitudinem Anae flumini daret . quoniam subsiciva, quae quis occupaverat, redimere cogebatur, iniquum iudicatum est, ut quisquam amnem publicum emeret aut sterilia, quae alluebat: modus itaque flumini est constitutus . hoc exempli causa regerendum existimavi . nam et in Italia Pisauro flumini latitudo est adsignata eatenus, qua usque adlababat. Der Hinweis auf die Zuweiſung ſeines Ueberſchwemmungsgebietes an den Piſaurus hier wie bei Agg. Urb. l. c. trifft freilich nur inſofern zu, als es ſich auch dort um eine Landzuweiſung an den Fluß handelte; während jedoch dem Piſaurus auch diejenige Länderei zugewieſen worden war, welche die Anlieger ſpäter kauften, ſollte in den anderen Fällen dem Fluſſe gerade nur das zugewieſen werden, was die Anlieger nicht kaufen wollten.

tus behandelt wurde,[67]) also in jeder Beziehung dem gewöhnlichen Privatrechte unterlag,[68]) so stand, da es nunmehr herrenlos geworden war, seiner willkürlichen Occupation nichts entgegen.[68a])

Anders verhielt es sich, wenn das Flußgebiet als subsecivum unvertheilt geblieben war. Soweit über die subseciva nicht anderweitig verfügt worden, galten sie als dem Staate vorbehalten:[69]) ein trocken gewordenes Fluß-

67) Sicul. Flacc. p. 157 v. 18—25 (oben N. 58 S. 358).

68) Hygin. de limitibus constituendis p. 197 v. 10—13: excepti sunt fundi bene meritorum, ut in totum privati iuris essent, nec ullam coloniae munificentiam deberent, et essent in solo populi Romani.

68a) Hier gilt, was Puchta, Cursus der Institutionen §. 242 zu N. ee von agri limitati allgemein sagt: (es) „werden insula und alveus derelictus, sofern der Boden res publica nur um des Flusses willen war, herrenlos.

69) Frontin. lib. II. de controv. agr. p. 54 v. 1—7: horum subsicivorum multae res p(ublicae) etiam si sero mensuram repetierunt, non minimum aerario publico contulerunt . pecuniam etiam quarundam coloniarum imp. Vespasianus exegit, quae non haberent subsiciva concessa: non enim fieri poterat, ut solum, quod nemini erat adsignatum, alterius esse posset, quam qui poterat adsignare . non enim exiguum pecuniae fisco contulit venditis subsicivis. (cf. Hygin. de gener. controv. p. 132 v. 24—p. 133 v. 16.) Frontin. l. c. p. 20 v. 7—p. 21 v. 1: De locis publicis sive populi Romani sive coloniarum municipiorumve controversia est, quotiens ea loca, quae neque adsignata neque vendita fuerint unquam, aliquis possederit; ut alveum fluminis veterem populi Romani, quem vis aquae interposita insula elisa proximi possessoris finibus reliquerit. (Interposita insula elisa ist das Stück Landes, welches von dem ehemaligen, nunmehr verlassenen, Flußbette und dem neu gerissenen umschlossen wird: in Wirk-

bett innerhalb eines ſolchen Stückes war alſo Staatseigenthum. [69a]) Und dasſelbe dürfen wir für ein ſolches Flußgebiet behaupten, das dem Staate bei der quäſtoriſchen Einzelveräußerung vermeſſener Grundſtücke (agri quaestorii) oder bei deren Verleihung gegen Bodenzins (agri vectigales) übrig geblieben war; wie auch bei der Verleihung nach Vectigalrecht ſeitens einer Gemeinde das Entſprechende gegolten haben wird.

lichkeit hat es freilich mit dem Austrocknen des alten Flußbettes aufgehört, eine Inſel zu ſein, wird aber im Hinblick auf ſeine Abgrenzung zweckmäßig noch ſo genannt. Vgl. Frontin. lib. II de controv. agr. p. 50 v. 10 sqq. (ſ. N. 69a); l. 56 §. 1 i. f. D. de a. r. d. 41, 1.)

Zur Sache vgl. Rudorff a. a. O. S. 452 N. 564.

69a) Frontin. lib. II. de controv. agr. p. 50 v. 8—20: Sunt et multi casus, de quibus subtiliter tractatur: sed nec uno tantum genere per alluvionem flumina possessoribus iniurias faciunt . sicut Padus relicto albeo suo per cuiuslibet fundum medium inrumpit et facit insulam inter novum et veterem alveum, ideo de hac re tractatur ad quem pertinere debeat illud, quod reliquerit; cum iniuriam proximus possessor non mediocrem patiatur, per cuius solum amnis publicus perfluat . nisi quod iuris periti aliter interpraetantur, et negant illud solum, quod solum p(opuli) R(omani) coepit esse, ullo modo usu capi a quoquam mortalium posse . et est verissimum . ita neuter possessor excedere finem illum veteris aquae ullo iure potest aut debet. — Nicht erſichtlich iſt, worauf demgegenüber Pernice a. a. O. S. 275 die Behauptung ſtützt: „Allerdings entſpricht die Befugniß jedes einzelnen Bürgers, das verlaſſene Flußbett und den Werder durch Occupation in Privateigenthum zu verwandeln, wenn der Strom durch limitierte Aecker begrenzt wird, vollkommen der Theorie der Subseciva.“ Vgl. auch Frontin. lib. II de controv. agr. p. 55 v. 19 sq. (ſ. unten im Texte vor N. 83).

Gemäß den vorstehenden Ausführungen sind also die Worte der l. 1 §. 7 h. t.: si limitatus est ager, occupantis alveus fit, sofern man sie von willkürlicher Occupation zu Eigenthum versteht, auf den Fall zu beschränken, wo der Fluß das ganze ihm innerhalb der aufgetheilten Flur zugewiesene Stück verlassen hat; oder man muß sie auf die Fälle beziehen, wo die Anlieger des dem Flusse zugewiesenen Stückes oder die Anlieger des als subsecivum behandelten Flußgebietes dieses, von ihnen zunächst zur thatsächlichen Benutzung occupirte, Stück oder Gebiet, zu welchem ein nach der Assignation verlassenes Flußbette gehört, hinterher durch Vertrag mit der zuständigen Behörde zu Eigenthum erworben haben.

Wie es sich indessen hiermit verhalten haben mag: für uns ist die ganze Sache lediglich von geschichtlicher Bedeutung. Das römische Recht der Landzutheilung seitens des Staates oder der Gemeinde ist bei uns nicht zur Anwendung gelangt; und man darf die Sätze über die agri limitati in dem hier maßgebenden Sinne [70]) auch nicht etwa auf die bei Gemeinheitstheilungen (General-Separationen), Verkoppelungen (Special-Separationen) oder Feldregulirungen den Theilnehmern nach genauer Vermessung zugewiesenen Ländereien übertragen. Denn diese stellen ja nichts Anderes dar, als den Ersatz für den von dem einzelnen Theilnehmer aufgegebenen Antheil an der ungetheilten Gemeinheit oder für das von ihm in die Verkoppelungs- oder Regulirungsmasse Eingeworfene und sind keineswegs eine Zuwendung von Staatsländerei seitens des Staates. Noch weniger sind die nach genauer Vermessung und Kartirung in ein Grundbuch oder ein Kataster eingetragene Grundstücke als limitati zu behandeln. [70a])

70) S. oben zu N. 53a f. S. 356 f.

70a) E. Spiegelberg Eigenthumserwerb an Flußinseln

So bleibt für uns ausschließlich das Recht der agri arcifinii oder arcifinales oder occupatorii geltend, worunter hier alle Länderei verstanden wird, die nicht in dem oben (S. 356 f.) bezeichneten Sinne ager limitatus ist. [71])

Das Bette, welches ein solche Länderei durchschneidendes flumen publicum verlassen hat, wächst gemäß dem ausgebildeten römischen Rechte ohne weiteres den Anliegern als Eigenthum zu.

L. 1 §. 7 cit. h. t. (*Ulp.*) s. oben S. 357.

L. 30 §. 1 D. de a. r. d. 41, 1:

(*Pompon.* lib. 34. ad Sabin.) *Celsus* filius, si in ripa fluminis, quae secundum agrum meum sit, arbor nata sit, meam esse ait, quia solum ipsum meum privatum est, usus autem eius publicus intellegitur. et ideo cum exsiccatus esset alveus, proximorum fit, quia iam populus eo non utitur.

L. 7 §. 5 D. eod. (*Gai.* lib. 2. rer. cottid. s.

S. 10 zu N. 29, Seufferts Arch. Bd. 13 Nr. 309 (OAG. Darmstadt 1838); Bd. 24 Nr. 189 (OAG. Lübeck 1868); Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 28 Nr. 48 S. 212 (5. Civilsenat 1891). Wenn das OAG. Dresden (Seufferts Arch. Bd. 10 Nr. 228) i. J. 1855 ein Grundstück, welches nach dem Wasserlaufe hin eine besondere Rainung oder Verzäunung hat, weil es künstlich begrenzt ist, als ager limitatus bezeichnet, so ist das ein ganz willkürlicher Gebrauch des Ausdrucks. Es versteht sich von selbst, daß ein Grundstück, welches nicht durch den Fluß begrenzt wird, auch nicht durch Veränderung des Flußbettes erwerben kann: es ist eben kein Ufergrundstück; mit der Limitation aber hat das nichts zu thun.

71) Der Umstand allein, daß Länderei vermessen und versteint ist, macht sie noch nicht zu ager limitatus. Mommsen im Hermes Bd. 27 S. 83.

aureor.) und den aus dieſer Stelle gebildeten §. 23 J. de R. D. 2, 1 ſ. oben Ziffer 2 S. 349 f.

L. 56 §. 1 D. de a. r. d. 41, 1 (*Proculus* lib. 8. epissol.) ſ. unten Ziffer 4 zu N. 20 f.

Wir erſehen übrigens aus den Mittheilungen der Gromatiker, daß dieſe Rechtsbildung keineswegs ohne Widerſpruch vor ſich gegangen iſt. Jene Schriftſteller überliefern uns nämlich die Sonderanſicht, die Caſſius Longinus, alſo das damalige Haupt der Sabinianer, in einem Gutachten hinſichtlich verlaſſener Theile des Pobettes geltend gemacht hat.

Hygin. de generibus controv. p. 124 v. 11 — p. 125 v. 4.

Circa Padum autem cum ageretur, quod flumen torrens et aliquando tam violentum decurrit, ut alveum mutet et multorum late agros trans ripam, ut ita dicam, transferat, saepe etiam insulas efficiat, *Cassius Longinus*, prudentissimus vir, iuris auctor, hoc statuit, ut quidquid aqua lambiscendo abstulerit, id possessor amittat, quoniam scilicet ripam suam sine alterius damno tueri debet; si vero maiore vi decurrens alveum mutasset, suum quisque modum agnosceret, quia non possessoris neglegentia, sed tempestatis violentia abreptum apparet; si vero insulam fecisset, a cuius agro fecisset, is possideret; at si ex communi, quisque suum reciperet. [72])

72) Faſt wörtlich gleichlautend Aggen. Urb. p. 17 v. 5—16. Ganz verworren dagegen iſt (Boethii) demonstratio artis geometricae. De controversiis. p. 399 v. 16 sqq.— p. 400 v. 7: De alluvione . genera controversiarum ex flumine haec sunt, non quod de occupatis agris agitur . sed quod vis aquae abstulerit, repetitionem non habebit: quae res necessitate ripae muniendae sunt sine alterius damno quisque ille faciat, qui ripam

Nach dieſer Anſicht ſollten die früheren Eigenthümer der Bodenfläche, welche der Po bei einem gewaltſamen, von ihnen nicht etwa durch Vernachläſſigung des Uferſchutzes verſchuldeten, Einbruche als ſein neues Bette eingenommen hatte, in dem verlaſſenen Bette nach Maßgabe ihres Verluſtes entſchädigt werden.[73]) Und der Gromatiker Siculus Flaccus, welcher nicht viel ſpäter fallen kann, als unter Trajan,[74]) hält die Anſicht des Caſſius auch für Bäche gerecht.[75])

Indeſſen ſcheint nach den Ausſprüchen des Pompo-

suam muniet . quod si fluminis torrens aliquando tam violentus decurrerit, ut alveum mutet suum, multorum agros trans ripam occupat: saepe etiam insulas efficiet . sed Cassius Longinus, prudentissimus iuris auctor et iudex, hoc statuit, ut quicquid aqua lambiendo abstulerit, possessor amittat, quoniam scilicet ripam suum sine alterius damno tueri debet . si vero maior vis decurrerit, et in fines alterius alveum mutat suum, et fiat insula in quo cucurrerit, unus quisque modum fluminis maioris agnoscere debet, et eam insulam ipse sibi vindicabit, cuius terram tempestative praeoccupavit: quoniam non possessoris neglegentia, sed tempestatis violentia apparet abreptum.

73) Pernice Labeo 1 S. 276 zu N. 62. Unklar Rudorff gromat. Inſtit. S. 453 zu N. 53.

74) Teuffel Geſch. der röm. Literatur 3. Aufl. §. 344 S. 801.

75) Siculus Flacc. de condic. ayr. p. 150 v. 24 sqq.— p. 151 v. 5 (ſ. oben Ziffer 1 S. 327 f.).

In dieſer Weiſe iſt die Anſicht des Caſſius gebilligt im Code civil art. 563: Si un fleuve ou une riviere navigable, flottable ou non, se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain, qui lui a été enlevé.

nius in l. 30 §. 1 cit. D. de a. r. d. 41, 1 und des Gaius in l. 7 §. 5 eod. cit. die, nach l. 56 §. 1 eod. cit. auch von Proculus vertretene, Anſicht, welche den alveus relictus den Anliegern zuſpricht, ſchon um die Mitte des zweiten Jahrhunderts n. Chr. die herrſchende geweſen zu ſein: unſere juriſtiſchen Quellen berichten uns nicht einmal, daß es eine abweichende Meinung gegeben hat.

Wie das ganze Bette eines Flußbettes dem Privateigenthume zugängig wird, ſobald der Waſſerdurchlauf aufgehört hat, ſo unterliegt dem Eigenthumserwerbe ſchon ein einzelner Theil des Bettes, der trocken gelegt wird, ſei es mittels der ſ. g. alluvio, alſo durch allmähliches Anlanden an das bisherige Ufer oder durch Zurückweichen des Waſſers vom letztern, [75a]) — ſei es als insula in flumine nata, indem entweder eine bis dahin vom Waſſer bedeckte Untiefe infolge vom Sinken des Waſſerſpiegels waſſerfrei wird, oder das Bette an einer Stelle eine Aufhöhung über den Waſſerſpiegel erleidet. [75b])

75a) Es ſcheint mir ein Mißverſtändniß, wenn Spiegelberg a. a. O. S. 15 zu N. 55 meint, die Gloſſe nenne dieſen Fall impropria alluvio. Allerdings ſagt ſie ad v. *alluvio* l. 30 §. 3 D. de a. r. d. 41, 1 und ähnlich ad v. *alluvione* l. 38 eod.: improprie ponitur; allein alluvio heißt in dieſen Stellen, wie in l. 14 pr. D. quem adm. serv. amitt. 8, 6, Ablaufen des Waſſers überhaupt, insbeſondere auch nach Ueberſchwemmung, alſo in einem Falle, in welchem eine Veränderung im Eigenthumsbeſtande gar nicht eintritt. S. oben Ziffer 2 S. 351 N. 48. Die Gloſſe ad l. 38 cit. ſagt, wie Spiegelberg ſelbſt anführt, ad v. *alluvione*: quia paulatim et minutatim recessit, und giebt ad v. *trans viam alluvioni* die weitere Erläuterung: alluvio i. e. adventus et recessus paulatim contingens.

75b) Beide Möglichkeiten für die Entſtehung einer insula in flumine nata bezeichnet l. 30 §. 2 D. de a. r. d. 41, 1

Auch in Beziehung auf die rechtliche Behandlung der alluvio und der insula in flumine nata findet ein grundsätzlicher Unterschied statt zwischen agri limitati und agri arcifinii.

Was zunächst die alluvio betrifft, so wird bei Grundstücken der letztern Art das anwachsende Land ohne weiteres Eigenthum des Anliegers, dessen Ufergrundstücke es anwächst; bei jenen ist der Erwerb des anwachsenden Landes für den Anlieger als solchen ausgeschlossen.

L. 16 D. de a. r. d. 41, 1:

(***Florentin.*** lib. 6. inst.) In agris limitatis ius alluvionis locum non habere constat: idque et divus ***Pius*** constituit, et ***Trebatius*** ait agrum, qui hostibus devictis ea condicione concessus sit, ut in civitatem

(v. altero und tertio), indem sie dieselben einer dritten Art der Inselbildung in einem Flusse entgegenstellt, bei welcher eine Rechtsänderung hinsichtlich des Eigenthums nicht eintritt. Dies ist die Umwandlung eines Ufergrundstücks in eine Insel dadurch, daß der Fluß sich einen neuen Arm bahnt, der unterhalb seiner Abzweigung sich mit dem alten Bette wieder vereinigt (v. uno). Pompon. lib. 34. ad Sabin.: Tribus modis insula in flumine fit: uno, cum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit; altero, cum locum, qui alvei esset, siccum relinquit et circumfluere coepit; tertio, cum paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit et eum alluendo auxit. duobus posterioribus modis privata insula fit eius, cuius ager propior fuerit, cum primum extitit: nam et natura fluminis haec est, ut cursu suo mutato alvei causam mutet. nec quicquam intersit (interest *scr.* Haloander), utrum de alvei dumtaxat solo mutato an de eo, quod superfusum solo et terrae sit, quaeratur, utrumque enim eiusdem generis est. primo autem illo modo causa proprietatis non mutatur Vgl. l. 1 §. 10 h. t. S. unten S. 375.

veniret, [76]) habere alluvionem neque esse limitatum: agrum autem manu captum limitatum fuisse, ut sciretur, quid cuique datum esset, quid venisset, quid in publico relictum esset. [76a])

Aggenus Urbicus comment. ad *Frontini* lib. I de controversiis p. 16 v. 25—p. 17 v. 2: De alluvione observatio est, si haec in occupatoriis agitur agris, quidquid vis aquae abstulerit, repetitionem nemo habet . quae res necessitatem ripae numiendae iniungit, ita tamen, ut sine alterius damno quicquam fiat . si vero in divisa et assignata regione tractabitur, nihil amittet possessor, quoniam formis per centurias certus cuique modus ascriptus est.

Frontin. lib. II. de controv. agr. p. 49 v. 17—p. 50 v. 7:

De allubione [77]) . in hac controversia plurimum sibi vindicat ius ordinarium . agitur enim de eo solo, quod alluat flumen, et subtiles intro ducuntur questiones, an ad eum pertinere debeat, cui in altera ripa recedente aqua solum crevit, an hic, qui aliquid agri sui desiderat, transire et possidere illud debeat, quod flumen reliquid . nisi quod illud subtilissime profertur, quod is solum amisit, non statim transire in alteram ripam, sed abductum esse et elotum . et illud, contra vicinum longe dissimilem agrum habere; quod hic forte cultum et pingue solum amiserit, aput illum autem harenae lapides et limum

76) venirent *scr.* M.

76a) Nach Rudorff a. a. O. S. 287 N. 151 bezeichnet datum das assignirte Land; quid venit den ager quaestorius; über relictum s. Tit. 7 Ziffer 13 S. 204 f. N. 93.

77) Von den Worten: in hac controversia bis zu Ende wörtlich ebenso Aggen. Urb. p. 82 v. 7—p. 84 v. 10.

abluvio invectum remanserit . illud praeterea, quod finem illis semper aqua fecerit et nunc quoque facere debeat. [77a])

Wenn das einem Flurgenoſſen aſſignirte Stück einen Fluß einſchließt, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß dieſer Genoſſe die Anlandungen erwirbt, welche innerhalb ſeines Stückes an dem einen oder dem andern Ufer des Fluſſes ſtattfinden. Eben deshalb erhält er in der Anlandung am einen Ufer eine natürliche Entſchädigung für den Verluſt, den ihm das Abſpülen am andern Ufer bereitet hat; inſofern kann man alſo ſagen: nihil amittit possessor. Indeſſen paßt dieſe Bemerkung ſchon auf den Fall nicht, wenn im Flußbette die geometriſch beſtimmte Grenze (limes) zweier aſſignirten Stücke liegt. Bei agri quaestorii und vectigales wird es ſchwerlich vorgekommen ſein, daß ein zugewieſenes Stück ein Flußbett einſchloß.

War das Flußbett mit ſeiner Umgebung dem Fluſſe ſelbſt aſſignirt, oder war es als subsecivum liegen geblieben, ſo kam die Vergrößerung des dem Fluſſe aſſignirten oder als subsecivum zu ihm gehörigen Landgebietes durch alluvio zwar zunächſt dem Anlieger zugut, der die Anlandung in thatſächliche Benutzung nahm; wurde hinterher aber das Landgebiet des Fluſſes ſammt der Anlandung den Anliegern verkauft, ſo hatten dieſe die Anlandung geradeſo zu bezahlen, wie die alte Länderei. Es beruht ſomit auf einer unklaren Anſchauung, wenn Schrader [78]) behauptet, in-

77a) Rudorff, gromatiſche Inſtitutionen S. 452 zu N. 566, bezieht dieſe Worte auf agri limitati, „wenn der Fluß ſelbſt die Grenze bildet". Dieſe Anſicht iſt m. E. ſchon mit den Eingangsworten der Stelle: in hac controversia plurimum sibi vindicat ius ordinarium unverträglich.

78) In ſeiner Inſtitutionenausgabe zu §. 20 J. de R. D. 2, 1 ad v. *agro tuo.*

folge der allgemein werdenden Uebung, bei Assignationen dem Flusse selbst ein Gebiet zuzuweisen, dessen Nutzung bis an das Flußbett den Anliegern eingeräumt wurde, sei auf die agri limitati das Alluvionsrecht der agri arcifinii erstreckt worden. Und vollends irrig ist die Annahme des genannten Gelehrten, Theodosius 2. habe in seiner Novelle 20 (auszüglich in l. 3 Cod. de adluv. et palud. 7, 41) betreffs der Alluvion das alte Recht der agri limitati förmlich aufgehoben. Bezieht sich doch jenes Gesetz ganz deutlich nur auf agri arcifinales, wenn es in §. 1 über das Wesen der Alluvion äußert:

> Alluvionum, quae contingere solent in praediis, quae ripis quorundam fluminum terminantur, ea natura est, ut semper incerta possessio, incertum sit eius dominium, quod possessori per alluvionem accrescit. Nam quod hodie possidemus, nonnunquam altero die vicini fundi dominio, in alteram fluminis ripam translatum, acquiritur, nec tamen apud eum, cui accrescit, semper remanet acquisitum, sed plerumque redit ad priorem dominum cum augmento. Saepe nec ad posteriorem manet, nec ad priorem redit, sed in arenam fluminis inundatione dissolvitur.

Allerdings erwähnen §§. 20, 22 und 23 J. de R. D. 2, 1 nichts davon, daß die dort erörterten Fälle des Eigenthumserwerbes, der infolge von Veränderungen des Wasserlaufes eintritt, sich auf Grundstücke bestimmter Art beschränken. Indessen beweiset das schwerlich etwas für ihre unbeschränkte Anwendung zu Justinians Zeit. Schweigen doch einerseits schon die Institutionen des Gaius, während sie vom alveus relictus überhaupt nicht reden, in den jenen §§. 20 und 22 entsprechenden §§. 70 und 72 ihres zweiten Buches von dieser Beschränkung; und wird sie doch anderseits nach allen Richtungen hin an maßgebenden Stellen, nämlich in l. 16 D. de a. r. d. 41, 1 und in

l. 1 §§. 6 [79]) und 7 h. t., als geltendes Recht ausdrücklich hervorgehoben. Freilich war die rechtliche Behandlung der meisten agri quaestorii schon zur Zeit Trajans derjenigen der agri occupatorii nahezu gleich geworden, [79a]) und Assignationen von Länderei kamen längst nicht mehr vor. Allein warum hätten sich nicht wenigstens bei den agri vectigales, die in den Pandekten immerhin noch als agri municipum vel civitatium sich finden, [79b]) die Grund-

79) S. unten den Text S. 375.

79a) Hygin. de cond. agr. p. 115 v. 15 sqq.: Quaestorii autem dicuntur agri, quos populus Romanus devictis pulsisque hostibus possedit, mandavitque quaestoribus, ut eos venderent . quae centuriae nunc appellantur, id est plinthides, hoc est laterculi, eosdem in quinquagenis iugeribus quadratos cluserunt limitibus, atque ita certum cuique modum vendiderunt . quibus agris sunt condiciones, uti p(opulus) R(omanus) . . . .; quod etiam praestitutum observant . vetustas tamen longi temporis plerumque paene similem reddidit occupatorum agrorum condicionem: non tamen universos paruisse legibus, quae a venditoribus suis acceperant. Sicul. Flacc. de cond. agr. p. 152 v. 23—p. 153 v. 6: Quaestorii dicuntur agri, quos ex hoste captos p. R. per quaestores vendidit . hi autem limitibus institutis laterculis quinquagenum iugerum effectis venierunt . quem modum decem actus in quadratum per limites demensi efficiunt; unde etiam limites decumani sunt dicti. Horum vero agrorum paene iam obliterata sunt signa: nam aliquibus locis etiam lapides, qui in limitibus denis actibus emensis positi erant, interciderunt, et limites ipsi, id est rigores, non parentibus lapidibus difficile inveniuntur . paene iam itaque fit, ut ad occupatoriam condicionem recidant . in quibus alia similia in finibus observantur.

79b) Rudorff a. a. O. S. 316. S. z. B. l. 1 D. si ager vectig. 6, 3.

ſätze der agri limitati halten können? [79c]) Und zu welchem Zwecke hätten die Compilatoren in den angeführten Stellen eine rein rechtsgeſchichtliche Belehrung geben wollen?

Hinſichtlich der insula in flumine nata bezeugt die verſchiedene rechtliche Behandlung, je nachdem die Ufergrundſtücke agri limitati oder agri arcifinales waren, die eben erwähnte l. 1 §. 6 h. t.:

Si insula in publico flumine fuerit nata inque ea aliquid fiat, non videtur in publico fieri . illa enim insula aut occupantis est, si limitati agri fuerunt, aut eius, cuius ripam contingit, aut si in medio alveo nata est, eorum est, qui prope utrasque ripas possident.

Ohne Einfluß dagegen iſt jener Gegenſatz für die rechtliche Behandlung einer Inſel, welche dadurch entſteht, daß ein neu gebildeter Flußarm ſich unterhalb ſeiner Abzweigung mit dem alten Bette wieder vereinigt: das auf dieſe Weiſe zur Inſel gewordene Grundſtück bleibt Eigenthum deſſen, dem es bisher gehört hat.

L. 1 §. 10 D. h. t.:

Item si amnis aliquid circumeat, sciendum est eius manere, cuius fuit: si quid igitur illic factum est, non est factum in publico flumine etc. [80])

Und anderſeits kommen die Grundſätze über die insula in flumine nata nur zur Anwendung auf eine ſolche

79c) Böcking, Pandekten des römiſchen Privatrechts Bd. 2 S. 144, und Pagenſtecher, die römiſche Lehre vom Eigenthum Abth. 2 S. 129 zu N. 1, geben für die entgegengeſetzte Behauptung keine Begründung.

80) Vgl. l. 30 §. 2 D. de a. r. d. 41, 1. S. oben N. 75b S. 369 f. L. 1 Cod. de adluvion. 7, 41: (Gordian. Marco. a°. 239) — et cum fluvius priore alveo derelicto alium sibi facit, ager, quem circumivit, prioris domini manet.

im Flußbette entſtandene Inſel, welche im Flußbette ſelbſt ihre feſte Grundlage hat, nicht auf eine ſchwimmende Inſel: dieſe gilt gewiſſermaßen als Theil des Fluſſes.

L. 65 §. 2 D. de a. r. d. 41, 1:

(*Labeo* lib. 6. pithanon a *Paulo* epitomatorum.) Si qua insula in flumine publico proxima tuo fundo nata est, ea tua est. *Paulus*: videamus, ne hoc falsum sit de ea insula, quae non ipsi alveo fluminis cohaeret, sed virgultis aut alia qualibet levi materia ita sustinetur in flumine, ut solum eius non tangat, atque ipsa movetur: haec enim propemodum publica atque ipsius fluminis est insula.

Nach l. 1 §. 6 h. t. cit. ſcheint es, als ob die zwiſchen agri limitati im Fluſſe entſtandene Inſel unter allen Umſtänden der willkürlichen Occupation zu Eigenthum unterlegen habe. Das würde ſehr ſchlecht zu dem ſtimmen, was wir oben über die Behandlung des alveus relictus zwiſchen agri limitati dargelegt haben. Hiernach iſt vielmehr Folgendes zu behaupten. Wo das Flußbette zu dem einem Einzelnen aſſignirten Antheile gehörte, da mußte die innerhalb dieſes Antheils im Flußbette entſtandene Inſel ebenſo, wie der alveus relictus, jenem Einzelnen als Eigenthum zuwachſen. War das Flußbett als subsecivum liegen geblieben, ſo mußte die insula in flumine nata, ebenſo wie der alveus relictus und die alluvio, Eigenthum des Staates werden; und bis zur endgültigen Veräußerung ſeitens des Staates war den Anliegern an der insula wie am alveus nur die Occupation zur Nutzung geſtattet. Eine willkürliche Occupation der insula nata zu Eigenthum blieb alſo ausſchließlich für den Fall ſtatthaft, wo das Flußbette dem Fluſſe ſelbſt als dem vetus possessor zugewieſen worden war: wie hier das Zurückweichen des Fluſſes aus dem ganzen ihm wie ein locus exceptus zugewieſenen Gebiete als Aufgeben ſeines Rechtes an dieſem ganzen Ge-

biete behandelt wurde, so ließ sich in dem Hervortreten einer Insel innerhalb des Flußbettes ein Aufgeben des Rechtes erblicken, das der Fluß an dem damit verdrängten Theile des Flußbettes gehabt hatte; dieser Theil des ehemaligen Flußbettes war damit herrenlos geworden. Auf diesen Fall haben wir demnach die Worte der l. 1 §. 6: illa — insula — occupantis est, si limitati agri fuerunt — zu beschränken, sofern wir sie vom unmittelbaren Eigenthumserwerbe mittels der Occupation verstehen. Wollen wir sie auch auf den Fall beziehen, wo das Flußbett als subsecivum liegen geblieben war, so lassen sie sich immerhin noch in dem Sinne rechtfertigen, daß die Insel den Anliegern, welche sie zunächst nur zwecks der Benutzung occupirt hatten, hinterher zu Eigenthum überlassen worden ist. Für den Fall jedoch, wo das Flußbett zu dem einem Einzelnen assignirten Antheile gehörte, ist der Ausspruch der l. 1 §. 6 cit. unter allen Umständen falsch.

Nun aber beruht das dargelegte Recht der subseciva auf dem allgemeinern Grundsatze, daß in einem dem Staate vorbehaltenen Gebiete ohne Uebertragung seitens des Staates niemand Eigenthum erwerben kann. [81]) Dies muß also für das Gebiet eines jeden öffentlichen Flusses gelten, dessen Ufer von Staatswegen begrenzt sind, so namentlich für das Gebiet der Tiber. [82])

Und so ist es uns gerade auch bezeugt, daß Tiberinseln loca publica wurden, m. a. W. daß sie weder ohne weiteres den Uferanliegern als Eigenthum zufielen, noch der willkürlichen Occupation zu Eigenthum unterlagen.

Frontin. lib. II. de controv. agr. p. 55 v. 19 sq.:

81) S. oben S. 363 f. N. 69 f.

82) Ueber die Termination dieses Flusses s. Mommsen röm. Staatsrecht Bd. 2 1. Abth. 2. Aufl. S. 434 N. 2. 2. Abth. 2. Aufl. S. 953 f. S. 1008.

Nam et ubi vis aquae alveo *Tiberis* prominentem modo insulam fecit, locus est publicus. [83])

Aus diesem Rechte der Flüsse, welche in einem von Staatswegen begrenzten Ufergebiete fließen, erklärt sich vielleicht die viel besprochene Aeußerung Labeos in l. 65 cit. §. 4 D. de a. r. d. 41, 1:

(*Labeo* lib. 6. pithanon a *Paulo* epitomatorum.) *Labeo* libro eodem. Si id, quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet.

Pernice [84]) meint, Labeo mache hier im Gegensatze zu der, übrigens von ihm selbst befolgten, [85]) Rechtshandhabung die lediglich theoretische Bemerkung, eine zwischen agri arcifinales in einem öffentlichen Flusse entstandene Insel müßte nach Rechtsconsequenz im Obereigenthume des Staates stehen.

Allein, angenommen immerhin, ein Mann von Labeos erfolgreicher Schöpferkraft auf dem Gebiete der Rechtsbildung habe seine juristische Ueberzeugung von dem, was Rechtens sein müsse, mit einer lediglich theoretischen Bemerkung beschwichtigt; und zugegeben weiter, daß im Zusammenhange der Ausführung Labeos die rein theoretische Bedeutung jener Bemerkung ersichtlich gewesen sein mag: woran sollte diese Bedeutung bei dem abgerissenen Bruchstücke in Justinians Pandekten hervortreten; und welchen Zweck vollends hätten die Compilatoren mit der Aufnahme dieses Bruchstücks in ihrer Zusammenstellung verfolgt, die

83) Vgl. Aggen. Urb. p. 21 v. 25 sq.: nam et ubi vis aquae alvei Tiberis populi Romani tantum modo insulam fecit, locus est publicus. — Zur Sache vgl. Rudorff a. a. O. S. 459 N. 587.

84) A. a. O. S. 275 f.

85) L. 65 cit. §. 2: Si qua insula in flumine publico proxima tuo fundo nata est, ea tua est.

doch unmittelbar der Rechtshandhabung zu dienen bestimmt war —?

Was dagegen hindert uns, Labeos Ausspruch dahin zu verstehen: unter der nämlichen bestimmten Voraussetzung (si), unter der das auf einem öffentlichen Grundstücke Gewachsene und Gebaute Eigenthum des Staates sei, müsse auch die insula in flumine publico nata sein Eigenthum werden. Ueber den Inhalt jener Voraussetzung erfahren wir freilich aus der Compilation nichts; wir haben ihn gemäß der uns bekannten Rechtsordnung zu ermitteln. Und danach scheint er mir in dem Vorbehalte des Staatseigenthums an einem von Staatswegen begrenzten Gebiete zu liegen.

Glücklicherweise ist man übrigens darüber einverstanden, daß unsre l. 65 §. 4, was sie auch sagen mag, die Geltung des in anderen Aussprüchen der Quellen bezeugten Rechtes nicht beeinträchtigt. [86])

86) Eine Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten über l. 65 §. 4 cit. s. bei P. Zirndorfer in Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 4 roman. Abth. S. 234 f. und dazu Spiegelberg Eigenthumserwerb an Flußinseln S. 11 N. 30.

Beiläufig sei ein seltsames Mißverständniß zurückgewiesen, welches Burchardi, Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht Bd. 1 S. 104 f., begegnet ist, indem er bei Erörterung der l. 65 §. 4 cit. auf l. 2 §. 3 (fälschlich citirt als l. 3 §. 2) D. ne quid in loco publ. 43, 8 (s. oben S. 223) zu sprechen kommt. Er versteht hier nämlich unter „insulae“ Inseln, während doch die Aufzählung Labeos: et ad areas et ad insulas et ad agros — es augenscheinlich macht, daß darunter, wie so unzählig oft in den Pandekten, Häuser verstanden sind. Loca publica, sagt Labeo, können sowohl unbebaute Plätze sein, als Gebäude und auch landwirthschaftlich benutzte Grundstücke.

4. Die Behandlung des alveus relictus, der alluvio und der insula in flumine nata bei agri limitati stellt sich ihrem Wesen nach [87]) als unmittelbare Folge des Umstandes dar, daß diese Grundstücke ihren Eigenthümern von Staatswegen nach geometrisch bestimmten Grenzen zugewiesen waren: auf alles Land, was über jene Grenzen hinauslag, hatten die Empfänger einen Rechtsanspruch vermöge ihres Eigenthums nicht; vielmehr war dieses Land entweder ebenfalls einem einzelnen Eigenthümer zugewiesen oder dem Staate vorbehalten worden.

Nicht so einfach erklärt sich die Behandlung der gleichen Gegenstände bei den agri arcifinii.

Man hat etwa gesagt: „Wie die Ufer den Eigenthümern der angrenzenden Grundstücke gehören, so ist es auch mit dem Boden des Flusses; aber an diesem ist das Eigenthum so lange ganz und gar suspendirt, als der Strom darüber hingeht: sobald dagegen der Strom das Bette verläßt, so tritt nun das Eigenthum derer, welchen die Ufer gehören, in Wirkung.“ [88])

87) Also abgesehen davon, daß den Anliegern gestattet wurde, das dem Flusse selbst assignirte Landgebiet und die als subsecivum liegen gebliebene Umgebung des Flusses zu benutzen, und daß die so in Benutzung genommenen Stücke hinterher oft den Anliegern von Staats- oder Gemeindewegen verkauft wurden.

88) So Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht Bd. 2 Abth. 1 §. 270 unter III S. 148. Aehnlich u. A. Puchta Pandekten §. 165 und Cursus der Institutionen §. 242; Arndts Lehrbuch der Pandekten §. 153; v. Keller Grundriß zu Vorlesungen über Institutionen und Antiquitäten des Römischen Rechtes §. 67 S. 52 und Pandekten §. 141 unter 3; Rudorff a. a. O. S. 452; Börner a. a. O. S. 180; auch der Vfr. des vorliegenden Buches in seinem Schriftchen Ueber das im Königreiche Hannover geltende Recht der Entwässerung und

Der unbefangene Blick erkennt indessen von vornherein, daß dieser Erklärungsversuch an derselben Schwäche krankt, die so manchen Erklärungsversuchen der Rechtsdogmatik anhaftet: er ist nichts weniger, als eine Begründung der erklärungsbedürftigen Thatsache, vielmehr in Wahrheit lediglich eine andere Weise, sie darzustellen.[88a]) Oder liegt der Beweis für jenes „suspendirte," „latente," „schlummernde" Eigenthum am Flußbette anderswo, als gerade in den Sätzen des Alluvionsrechtes, die wiederum auf eben jenes Eigenthum zurückgeführt werden?

Im besten Falle also, d. h. wenn ihr Inhalt an sich richtig wäre, würde diese Erklärung die Lösung der Frage nur in eine weitere Instanz schieben.

Nun aber ist ihr Inhalt als solcher obendrein falsch. Wäre wirklich schon das, noch mit durchfließendem Wasser bedeckte, Flußbette dem, wenngleich zur Zeit suspendirten, Eigenthume der Uferanlieger unterworfen, so müßte es, da es nicht ihnen allen in solidum zustehen kann, schon zur Zeit auf irgend eine Weise unter ihnen getheilt sein. Es springt jedoch in die Augen, daß der Gedanke an eine Theilung nach ideellen Antheilen hier völlig ausgeschlossen bleiben muß. Ganz abgesehen nämlich davon, daß jede rechtliche Grundlage fehlt, die Antheile der Einzelnen zu bestimmen, würde eine derartige Theilung den einzigen Dienst versagen, dessen wegen sie erfunden ist, — nämlich den infolge der Veränderung des Wasserlaufes ohne weiteres eintretenden Erwerb körperlicher Theile des Flußbettes zu begründen. Somit würden wir zu der Annahme ge-

der Bewässerung. Hannover 1862 S. 13 f. zu a). Besonders ausführlich entwickelt diese Ansicht Donellus Comment. IV c. 28 sq. Weitere Literaturangaben bei Spiegelberg a. a. O. S. 7 N. 6.

88a) Treffend sagt Henrici in v. Iherings Jahrb. Bd. 13 S. 66 f. von Puchtas Darstellung: „Es ist offenbar nur eine Umschreibung, keine Erklärung."

drängt, das Flußbett sei unter sämmtlichen Anliegern nach körperlichen, also bestimmt begrenzten Theilen so getheilt, daß jeder dieser Theile im latenten Eigenthume eines bestimmten Uferanliegers stehe. Jene körperliche Theilung des Flußbettes zu latentem Eigenthume ist nun wohl als eine nach den Umständen veränderliche aufgefaßt worden.[89]) Damit ist die gerügte Schwäche der ganzen vermeintlichen Erklärung aufs Aeußerste gesteigert. Wie nämlich ließe sich die hiermit behauptete Verschiebbarkeit der den einzelnen Anliegern zugewiesenen körperlichen Theile des Flußbettes begründen? Unmöglich ist sie aus der Thatsache herzuleiten, daß der körperliche Theil des Flußbettes, an dem ein bestimmter Anlieger durch Alluvion, Inselbildung, Verlegung des Bettes in seiner ganzen Breite actuelles Eigenthum erwirbt, gemäß den Umständen desjenigen Augenblickes abgegrenzt wird, in welchem jener Erwerb wirklich stattfindet. Soll doch gerade umgekehrt die Begrenzung dieses actuell erworbenen Theiles ihrerseits vermöge der Annahme begründet werden, es sei eben derselbe Theil schon im vorausgesetzten Zustande des latenten Eigenthums abgegrenzt gewesen! Hiernach vermag jene körperliche Theilung des Flußbettes zu latentem Eigenthume den ihr obliegenden dogmatischen Dienst nur unter der Voraussetzung zu leisten, daß ein jeder Anlieger die rechtliche Anwartschaft darauf

89) So hat es der Vfr. in der N. 88 genannten Schrift S. 13 zu N. *) gethan, indem er unter Bezugnahme auf l. 38 i. f., l. 56, l. 65 §. 3 und l. 7 §. 5 D. de a. r. d. 41, 1 sagt: „Das Eigenthumsrecht an demjenigen Grunde und Boden, der von einer fließenden Wassermasse als deren Bette oder Gerinne bedeckt ist u. s. w., kann man den Eigenthümern der Ufer dieses Bettes (den s. g. Anliegern oder Adjacenten) in der Weise zuschreiben, daß sich das Anrecht auf die Geltendmachung dieses Eigenthumes nach der jeweiligen Anliegerschaft bestimmt."

hat, an einem beſtimmten, ihm von vornherein zugewieſenen körperlichen Theile des Flußbettes das actuelle Eigenthum zu erwerben, ſobald und ſoweit jener Theil dauernd vom durchfließenden Waſſer verlaſſen werden ſollte. Und eben dieſe Vorausſetzung trifft, wie bereits bemerkt, durchaus nicht zu. [90])

Aber ergiebt ſich nicht aus einer Aeußerung eines der ſcharfſinnigſten römiſchen Juriſten, des jüngern Celſus, daß die ſo eben zurückgewieſene Erklärung des Alluvionsrechtes die Anſicht der Römer geweſen iſt? Wir meinen l. 30 §. 1 D. de a. r. d. 41, 1.

Pompon. lib. 34. ad *Sabin.*: *Celsus* filius, si in ripa fluminis, quae secundum agrum meum sit, arbor nata sit, meam esse ait, quia solum ipsum meum privatum est, usus autem eius publicus intellegitur . et ideo cum exsiccatus esset alveus, proximorum fit, quia iam populus eo non utitur.

In der That iſt dieſer Satz die Hauptſtütze der von uns bekämpften Meinung; mit dialektiſcher Kunſt hat ihn namentlich Donellus als ſolche zu verwerthen geſucht. [91])

90) Vgl. Spiegelberg a. a. O. S. 8 zu N. 11.

91) N. a. O. §. 5: Dicendum est alveum exsiccatum non nunc primum incipere partem esse vicinorum praediorum, sed videri iam olim eorum praediorum partem fuisse, et quidem tunc, cum alveus adhuc teneretur a flumine, nisi fluminis vis obstaret: partem detractam his praediis a flumine, et ab eo occupatam ita, ne iam usu esset privato . nunc flumine liberatum recipere pristinam condicionem, non ut pars vicinorum praediorum fiat, sed ut qui pars fuerat, nunc et cum re pars mansisse intelligatur. Innuit hoc Pomponius in l. ergo (30) §. 1 D. de a. r. d. (41, 1). Ait enim, cum exsiccatus est alveus, eum vicinorum fieri, quia iam populus eo non utitur . quo significat, quod alveus ex-

Und doch hätte schon der Ausdruck: exsiccatus — alveus — proximorum fit — darauf hinweisen müssen, daß von einem gegenwärtigen Eigenthume der Anlieger am Flußbette nicht die Rede ist und solange nicht die Rede sein kann, als dieses Bette von Wasser durchflossen wird. [91a]) Uebrigens richtet sich die Ausführung des Celsus nicht sowohl dahin, wer Eigenthümer des Ufers und des alveus exsiccatus sei, als vielmehr dahin, ob und wie weit Eigen-

siccatus antea vicinorum non fuit, non in eo causam esse, quod vicinorum praediorum pars non esset, sed quod, cum pars esset, tamen populus ea uteretur, ut sic publica esset, non privata. Inde evenire, ut flumine recedente, id est, ea causa sublata, alveus prior ad dominos eorum praediorum redeat, non tanquam pars praediorum nova, sed vetus et ea, quae iam prope eorundem dominorum antea fuisset. Usum quippe fluvius occupando abstulerat et publicum fecerat: abscedendo reddidit et privatum fecit. Comparat praeterea eo loco Pomponius ripae solum cum alvei solo: aitque ripae solum privatum esse eorum, qui prope ripam agros possident . eodem modo et alveum, dum populus eo non utatur. Porro ripae solum ideo vicinorum est, quia etiam tunc, cum vere ripa est, pars est agrorum, qui ab iis vicinis possidentur. Sit ergo et alveus pars eorum agrorum etiam tunc, cum vere est alveus, quamvis usus per omnia sit publicus. Sed et alveum etiam tunc, cum flumini subiicitur, partem vicinorum praediorum haberi, quatenus flumen non obstet, manifesto argumento est, quod placet manente adhuc alveo insulam in flumine natam vicinorum esse, quod profecto non fieret, nisi alveus, cui insula cohaeret, vicinorum praediorum esset.

91a) Vgl. Bechmann, zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession (Programm) Kiel 1867 S. 14. Derſ. Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten. Kiel 1867 S. 15.

thum und Gemeingebrauch am Fluſſe neben einander beſtehen können. Der Gedankengang des Juriſten ſcheint mir folgender zu ſein. An den Ufergrundſtücken findet ungeachtet des auch an ihnen beſtehenden Gemeingebrauchs das Eigenthum der Anlieger ſtatt. Folglich iſt nicht der Gemeingebrauch als ſolcher das Hinderniß, welches ihrem Eigenthume am Flußbette entgegenſteht; dieſes Hinderniß kann vielmehr nur in der natürlichen Beſchaffenheit des Flußganzen liegen, die ihrerſeits die Vorausſetzung für den Gemeingebrauch bildet. Hört nun dieſe Beſchaffenheit mit dem Austrocknen des Flußbettes auf, ſo ſteht demnach (ideo) dem Eigenthume am ehemaligen Flußbette nichts mehr entgegen, wie es ja bekanntlich den Anliegern zufällt; der Gemeingebrauch könnte ſchon deshalb kein Hinderniß dieſes Erwerbes begründen, weil er als bedingt durch das Weſen des Fluſſes mit dem Daſein des Fluſſes ebenfalls aufgehört hat. [92])

92) Vgl. Bechmann a. a. O.: „Der durch *et ideo* angedeutete Zuſammenhang zwiſchen beiden Sätzen ſcheint mir einfach in Folgendem zu beſtehen: die Wirkung des publicus usus reicht nicht weiter, als das öffentliche Bedürfniß reicht, und wie daher der öffentliche Gebrauch des Ufers das Privateigenthum des Bodens und diejenigen Folgen, welche mit jenem verträglich ſind — Eigenthum des Baums — nicht ausſchließt, ſo iſt auch das Flußbette nicht unbedingt dem Privatverkehr entzogen, ſondern nur ſo lange es ſich in publico usu befindet; hört das öffentliche Bedürfniß auf, ſo wird es Privatſache und als ſolche (nach beſonderen Rechtsgrundſätzen) von den Adjacenten erworben." — Spiegelberg a. a. O. S. 7 f. findet in unſrer Stelle geſagt, „daß, wenn der Fluß austrocknet, das Flußbett in das Eigenthum der Ufernachbarn fällt, und zwar unbeſchränkt, nicht wie früher das Flußufer beſchränkt durch publicus usus, weil dieſer mit dem Fluſſe weggefallen iſt."

Nicht viel mehr, als hiernach die Aeußerung des Celsus in l. 30 §. 1 cit. für die Begründung des Alluvionsrechtes giebt, ist zu entnehmen aus Gai. II, 70:

Sed et id, quod per alluvionem nobis adicitur, eodem iure nostrum fit: per adluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim flumen agro nostro adicit, ut aestimare non possimus, quantum quoquo momento temporis adiciatur; hoc est quod vulgo dicitur per adluvionem id adici videri, quod ita paulatim adicitur, ut oculos nostros fallat.

Unter dem idem ius, wonach der Erwerb durch Alluvion i. e. S. stattfindet, ist die naturalis ratio gemeint: das folgt aus dem, diesem Ausspruche unmittelbar vorhergehenden, §. 69 [92a]) sowie aus §. 66, welcher eine auch die Alluvion umfassende Reihe von Erwerbsarten des Eigenthums einleitet. Naturalis ratio aber bedeutet hier ganz dasselbe, was §. 65 naturale ius nennt; und dieses bildet den Gegensatz zu civile ius. Ius civile jedoch ist das ius proprium civium Romanorum; [93]) mithin ist naturale ius

Gegen die Theorie des latenten Eigenthums der Anlieger s. noch Wächter Pandekten I S. 279 unter III (anders in Weiskes Rechtslexikon Thl. I unter „Accession" S. 14 N. 10 und S. 16); Henrici in v. Iherings Jahrb. Bd. 13 S. 66 zu N. 15; Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 3 Nr. 65 S. 235 (II. Hilfssenat 1880).

92a) Ea quoque, quae ex hostibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt.

93) Gai. II, 65 sq.: Ergo ex his, quae diximus, apparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur; quaedam iure civili, nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum. §. 66: Nec ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione acquiruntur, sed etiam — occupatione etc.

nur eine andre Bezeichnung für ius gentium, d. i. für dasjenige Recht, welches auch für Nichtcives und auf Provinzialgrundstücke zur Anwendung gelangt. So wird in der That der Erwerb durch Alluvion von Gaius selbst in l. 7 §. 1 D. de a. r. d. 41, 1, wie in dem aus letzterer Stelle gebildeten §. 20 J. de R. D. 2, 1, auf das ius gentium zurückgeführt.

Gai. lib. 2. rer. cottid. s. aureorum:

Praeterea quod per alluvionem agro nostro [94]) flumen adicit, [95]) iure gentium nobis [96]) adquiritur [97]) . per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim adicitur, ut intellegere non possimus, [98]) quantum quoquo momento temporis adiciatur.

Indessen deutet der Ausdruck „naturalis ratio“ immerhin darauf, daß der gemäß dieser ratio stattfindende Erwerb der natura rerum entspreche; [99]) wieso dies der Fall sei, bleibt freilich zu untersuchen.

In den Schriften der Feldmesser ist uns überliefert, daß hinsichtlich der rechtlichen Behandlung sowohl der Alluvion, [100]) als des alveus relictus [1]) bei agri arcifinii Meinungsverschiedenheiten bestanden haben. So unmittelbar selbstverständlich dürfte danach jene naturalis ratio den Römern doch nicht erschienen sein.

94) tuo §. 20 J. de R. D. 2, 1.
95) adiecit §. 20 cit.
96) tibi §. 20 cit.
97) §. 20 cit. *ins.*: est autem alluvio incrementum latens.
98) possis §. 20 cit.
99) Vgl. M. Voigt das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer Thl. 1 S. 282 ff.
100) Frontin. lib. II de controv. agr. p. 49 v. 17—p. 50 v. 7 (oben Ziffer 3 S. 371 f.).
1) Hygin. de gener. controv. p. 124 v. 11—p. 125 v. 4 (oben Ziffer 3 S. 367).

Was zunächst die Alluvion anbetrifft, so ging eine Meinung dahin, der Uferanlieger, dem der Fluß ein Stück seines Grundstückes abgespült oder abgerissen habe, erwerbe dafür die Anlandung am jenseitigen Ufer ohne weiteres (transire — nämlich auf das andre Flußufer — et possidere illud debeat, quod flumen reliquit). Hiergegen wurde dann ein Dreifaches eingewandt: 1) das dem einen Anlieger entzogene Land gehe keineswegs als geschlossene Masse (non statim) auf das andre Ufer über, sei vielmehr zertrennt und zerwaschen (abductum et elotum); 2) das weggeschwemmte Land sei oft wesentlich verschiedenartig von der am jenseitigen Ufer vorkommenden Anlandung; 3) die Grenze der betheiligten Grundstücke habe von jeher der Fluß gebildet und müsse sie auch für die Zukunft bilden. Dieser letzte Grund gegen das Eigenthum des durch den Fluß geschädigten Anliegers an der Anlandung, die vielleicht nachweisbar aus dem ihm abgerissenen Lande entstanden ist, trifft m. E. das eigentliche Wesen jener Anlandung als eines incrementum latens. [2]) Bei den Anfängen der Anlandung ist eben noch gar kein greifbarer Gegenstand für ein, dem Rechte am Ufergrundstücke gegenüber, selbständiges Recht vorhanden. [2a]) Es läßt sich demnach das zuerst an-

2) Vgl. hierzu Spiegelberg a. a. O. S. 14 f.

2a) Eben deshalb erstreckt sich der Nießbrauch vom Ufergrundstücke nothwendig auf die Anlandung. L. 9 §. 4 D. de usufr. 7, 1: (Ulp. lib. 17. ad Sabin.) Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo, quod accessit, tractari: et placuit alluvionis quoque usumfructum ad fructuarium pertinere . sed si insula iuxta fundum in flumine nata sit, eius usum fructum ad fructuarium non pertinere, Pegasus scribit, licet proprietati accedit: esse enim veluti proprium fundum, cuius ususfructus ad te non pertineat . quae sententia non est sine ratione: nam ubi latitet incrementum, et usus-

gelandete Erdreich auch nicht etwa als herrenlos der Occupation preisgeben. Folglich bleibt kaum eine andre Möglichkeit denkbar, als dieſes Erdreich dem Anlieger zukommen zu laſſen, an deſſen Ufer es anlandet. In gleicher Weiſe

fructus augetur, ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit. Das Gleiche gilt für das Pfandrecht. L. 16 pr. D. de pign. 20, 1: (Marcian. lib. singul. ad formulam hypothecariam) Si fundus hypothecae datus sit, deinde alluvione maior factus est, totus obligabitur. Bechmann a. a. O. S.16 zu N. 40 ff. bezw. S. 19 zu N. 1 ff. — Sehr bezeichnend iſt auch l. 3 §. 2 D. de aq. cott. 43, 20: (Pompon. lib. 34. ad Sabin.) Si aquam ex flumine publico duxeris et flumen recesserit (d. i. ein anderes Bette nimmt, welches vom berechtigten Grundſtücke aus jenſeits des bisherigen Bettes liegt), non potes subsequi flumen, quia ei loco servitus imposita non sit, quamvis is locus meus sit . sed si alluvione paulatim accesserit fundo tuo [meo *leg.*], subsequi potes, quia locus totus fluminis serviat ductioni . sed si circumfluere coeperit mutato alveo, non potes, quia medius locus non serviat interruptaque sit servitus. Die Servitut, über das bisherige Ufergrundſtück Waſſer aus dem Fluſſe zu leiten, erliſcht, wenn der Fluß nur ſoweit zurückweicht, daß ſein bisheriges Bette jetzt Ufergrundſtück iſt, deshalb, weil dieſer alveus derelictus ſelbſt dann nicht mit der Servitut belaſtet iſt, wenn er dem Eigenthümer des praedium serviens zufällt (quamvis is locus meus sit; Mommſens Vorſchlag, ſtatt *meus* zu leſen *alveus*, beruht ſichtlich auf mangelndem Verſtändniſſe der Stelle); geht der Fluß noch weiter zurück, ſo daß zwiſchen dem frühern und dem jetzigen Bette ein drittes Grundſtück zu liegen kommt, ſo gilt das um ſo mehr. Anders, wenn das dienende Grundſtück durch Alluvion wächſt: hier erſtreckt ſich die Servitut auch über den Anwachs: quia locus totus fluminis serviat ductioni. Es iſt daher zu leſen: accesserit fundo meo ſt. tuo.

muß es dann mit allem ſpäter Anlandenden weitergehen; und ſo bildet der an der Stelle der Anlandung nach und nach zurückweichende Fluß nothwendig die hier immer flußeinwärts vorrückende Grenze des wachſenden Ufergrundſtückes, während er umgekehrt da, wo er vom Ufer Stücke abgeriſſen hat, ebenſo nothwendig die landeinwärts zurückweichende Grenze des abnehmenden Grundſtückes bildet.

Gemäß der damit gefundenen naturalis ratio des Erwerbes durch Anlandung beſtimmt ſich zugleich das Subject, welches dieſen Erwerb macht: es kann nur der Eigenthümer des Ufergrundſtückes ſein, an deſſen jeweiliger Uferlinie die Anlandung eintritt.

L. 1 i. f. Cod. de adluvion. 7, 41:

(*Gordian.* Marco a° 239) — quod si paulatim ita auferat (scil. fluvius) aliique parti applicet, id alluvionis iure ei quaeritur, cuius fundus crescit.

Von ſelbſt verſteht es ſich übrigens, daß von einer Anlandung, einem crescere des Ufergrundſtücks erſt dann die Rede ſein kann, wenn der erhöhte Theil des Flußbettes vom regelmäßigen Waſſerſtande nicht mehr überdeckt wird, vielmehr aus demſelben hervorragt. [2b])

Was wir hier für den Fall der Anlandung dargeſtellt haben, das muß genau ebenſo für den andern Fall der Alluvion gelten, d. h. für das Zurückweichen des Waſſers vom Ufer ohne Anlandung. Auch hierin liegt ein incrementum latens, — und zwar ſelbſt dann, wenn dieſes Zurückweichen, z. B. infolge eines plötzlichen, jedoch nicht alsbald wieder rückgängigen, Sinkens des Waſſerſpiegels eintritt. Denn auch alsdann läßt ſich das Vorrücken der Uferlinie in jedem einzelnen Augenblicke gar nicht feſtſtellen, und die mit dieſem Vorrücken Schritt für Schritt wachſende

2b) Seufferts Arch. Bd. 21 Nr. 209 (AG. Celle 1867); 23 Nr. 211 (OTr. Berlin 1868).

Ausdehnung des bisherigen Ufergrundstückes ergiebt keinen im einzelnen Augenblicke greifbaren Gegenstand eines selbständigen Eigenthums. [3])

Ein solches Zurückweichen des Wassers von einem Ufer ist nicht selten verbunden mit einem Vorrücken des Wassers auf dem entgegengesetzten Ufer. Beides zusammen fortgesetzt kann eine allmähliche Verlegung des ganzen Flußbettes bewirken. Indem hier die Grundstücke des einen Ufers Schritt für Schritt vorrücken, erwerben ihre Eigenthümer schließlich das Eigenthum am ganzen ursprünglichen Flußbette, während die Grundstücke des andern Ufers nach und nach vom Wasser verschlungen werden.

L. 38 D. de a. r. d. 41, 1:

(*Alfenus Varus* lib. 4. digestorum a *Paulo* epitom.) Attius fundum habebat secundum viam publicam: ultra viam flumen erat et ager Lucii Titii: (fluit *del.* Haloander) flumen paulatim primum omnium agrum, qui inter viam et flumen esset, ambedit et viam sustulit, postea rursus minutatim recessit et alluvione [4]) in antiquum locum rediit . respondit, cum flumen agrum et viam sustulisset, eum agrum eius factum esse, qui trans flumen fundum habuisset: postea cum paulatim retro redisset, ademisse ei, cuius factus esset, et addidisse ei, cuius trans viam esset, quoniam eius fundus proximus flumini esset,

3) Vgl. Spiegelberg a. a. O. S. 15 f.
Entsprechend ist ja auch die rechtliche Behandlung einer insula in flumine nata unterschiedslos die gleiche, mag die Insel durch Aufhöhung des Flußbettes entstanden sein oder durch Sinken des Wasserspiegels über einer Untiefe. S. oben Ziffer 3 S. 369 zu N. 75b.

4) d. i. Ablaufen des Wassers. S. oben Ziffer 2 zu N. 48 S. 351.

id autem, quod publicum fuisset, nemini accessisset[5]). nec tamen[6]) impedimento viam esse ait, quo minus ager, qui trans viam alluvione relictus est, Attii fieret: nam ipsa quoque via fundi esset.

Der in l. 38 cit. behandelte Thatbestand ist der folgende. Am Flusse liegt das Grundstück des Lucius Titius, das auf der dem Flusse abgewandten Seite von einem öffentlichen Wege begrenzt wird; an diesen Weg stößt landeinwärts das Grundstück des Attius. Nun verschiebt der Fluß allmählich sein Bette so, daß letzteres zunächst das Grundstück des Titius einnimmt, während das ursprüngliche Bette von der diesem Grundstücke abgewandten Seite her nach und nach trocken wird und somit dem auf jener Seite belegenen Grundstücke X anwächst. Darauf verlegt sich das Flußbett weiter auf den öffentlichen Weg, diesen schließlich in seiner ganzen Breite einnehmend, so daß jetzt Attius Flußanlieger wird, das ehemalige Grundstück des Titius aber, nach und nach trocken gelegt, dem Grundstücke X anwächst. Dann erfolgt die Verlegung des Flußbettes in umgekehrter Richtung: der ehemalige öffentliche Weg wird nach und nach vom Flusse wieder verlassen und wächst dem Grundstücke des Attius an; schließlich weicht der Fluß auch von dem Grundstücke des Titius in sein altes Bette zurück, so daß auch dieses Grundstück dem Attius zuwächst.

Gegenüber dem dargestellten klaren Sachverhalte bereiten Schwierigkeit die Worte: id autem, quod publicum fuisset, nemini accessisset und das folgende tamen. Die ersteren Worte stehen in geradem Widerspruche zu dem Schlußsatze: nam ipsa quoque via fundi esset. Während aber der letztere treffend begründet, weshalb der frühere öffentliche Weg kein Hinderniß dafür bildet, daß das Grund-

5) homini cessisset *scr.* M.
6) iam *scr.* M.

ſtück des Titius dem Attius zuwachſe, nämlich weil er eben aufgehört hat, öffentlicher Weg zu ſein, vielmehr ſelbſt ein Stück vom Grundſtücke des Attius geworden iſt, ſo ſind jene Worte völlig unverſtändlich. Denn ſelbſt wenn es richtig wäre, daß der öffentliche Weg dem Rechte der Alluvion nicht unterläge, ſo würde daraus doch nimmer folgen, daß nunmehr das vom Fluſſe durch den Weg getrennte Grundſtück des Attius dem Fluſſe zunächſt läge; noch weniger aber, daß dieſes Grundſtück gerade ſo, wie wenn der Weg überhaupt nicht vorhanden wäre, infolge der jenſeits des Weges ſtattfindenden Verſchiebung des Flußbettes wachſen müßte. Zudem würden die Worte: nec tamen — Attii fieret eine abermalige Behandlung des nämlichen Zweifels ſein, den der Satz: id autem — accessisset zurückweiſen ſollte; dazu aber paßt es nicht, daß jene Worte dieſem Satze mittels eines „nec tamen“ entgegengeſtellt werden. Nun jedoch iſt es ſchlechterdings unbegreiflich, wie ein öffentlicher Weg dieſe ſeine rechtliche Eigenſchaft behalten kann, obgleich er zum Bette eines öffentlichen Fluſſes geworden iſt:[7]) iſt er damit doch dauernd der Zweckbeſtimmung entzogen, welche jene Eigenthümlichkeit bedingt; ja ſelbſt das Wiederaufleben dieſer Beſtimmung, nachdem der ehemalige Weg aufgehört hat, Flußbette zu ſein, würde thatſächlich wohl nur ausnahmsweis dem Zwecke entſprechen. Unter ſolchen Umſtänden trifft Mommſens Vorſchlag, ſtatt nemini accessisset zu leſen: homini cessisset, das folgende tamen aber in iam zu verwandeln, ſachlich gewiß das Richtige, ſofern jenes homini cedere, wie ich annehme, eben bezeichnen ſoll, daß der Boden des ehemaligen

7) Dieſer unbegreifliche Satz wird oft in unſrer Stelle gefunden. S. die Citate bei Spiegelberg a. a. O. S. 10 N. 23. Spiegelberg ſelbſt bekämpft ihn, obwohl auch er ihn in l. 38 cit. ausgeſprochen findet.

Weges dem Attius angefallen sei. Allein die damit gegebene Fassung ist sprachlich überaus hart und juristisch deshalb bedenklich, weil das Anwachsen, um welches es sich trotz der Lesart cessisset immer noch handeln würde, an ein Grundstück erfolgt, nicht an einen Menschen; — namentlich aber erscheint bei ihr der ganze Schlußsatz müssig. Denn es unterliegt sicherlich nicht dem leisesten Zweifel, daß der frühere öffentliche Weg, der selbst einem Privatgrundstücke angewachsen, also Privateigenthum geworden ist, kein Hinderniß gegen das Anwachsen eines andern Grundstückes bilden kann. Bedürfte es jedoch einer Erläuterung hierfür, so würde eine solche in den Worten: nam ipsa quoque via fundi esset sachlich kaum anders gegeben sein, als in den vorhergehenden: quoniam — id —, quod publicum fuisset, homini cessisset. Aus diesen Gründen scheint mir die beste Hülfe für jene unhaltbaren Worte: id autem — accessisset darin zu liegen, daß man sie einfach streicht als eines der manchen Einschiebsel, welche einer unverstandenen Gelehrsamkeit ihren Ursprung verdanken. Ersetzt man dann das durch dieses Einschiebsel hervorgerufene tamen mit Mommsen durch iam, so hat die ganze Stelle einen durchaus verständlichen Sinn. [8])

L. 38 cit. zeigt, wie entscheidend für den Erwerb durch Alluvion die zeitliche Folge der einzelnen Hergänge ist. Wo diese Folge feststeht, wird es keine Schwierigkeit haben, zu entscheiden, ob ein bestimmter Anwachs nur Einem

8) Dagegen möchte ich nicht, wie unter Bezugnahme auf die Worte: agrum et viam publicam im Beginne des Responsum und auf l. 3 h. t. Mommsen vorschlägt, das „primum omnium“ zu Eingang der Stelle umändern in „populi Romani eum;“ dem „primum omnium“ (zuallererst) entspricht m. E. durchaus befriedigend das folgende „et“ und das weitere „postea.“

von mehreren benachbarten Grundeigenthümern zukomme, oder ob und wie er zwischen ihnen getheilt sei.

Nun aber tritt manchmal ein Anwachs vor dem Berührungspuncte der Uferlinien zweier Grundstücke gleichzeitig ein, oder muß doch als gleichzeitig eingetreten deshalb gelten, weil die zeitliche Folge nicht festzustellen ist, in welcher seine einzelnen Theile sich abgelagert haben. Und darüber, wie ein solcher Anwachs zwischen den beiden Grundstücken getheilt ist, schweigen m. W. die Quellen völlig. Auch die neuere Literatur berührt, so viel ich sehe, diesen Thatbestand kaum; [8a]) und was sie etwa bringt, befriedigt nicht.

So sagt Hermannseder: [9]) „Vergrößert die Alluvion die nebeneinanderliegenden Grundstücke mehrerer Eigenthümer, so verhalten sich die Längentheile der neuen Erwerbung wie die Uferlängen der einzelnen Grundstücke." Es darf als selbstverständlich gelten, daß für die rechtliche Behandlung eines Anwachses, der nur eine Strecke der Uferlinie eines Grundstückes berührt, die ganze Länge jener Uferlinie gar nicht in Betracht kommt. [10]) Demnach ist bei der mitgetheilten Regel ohne Zweifel hinzugedacht: „soweit

8a) Sehr ausführlich dagegen thut dies Bartolus de Saxoferrato in seinem Tractat de fluminibus s. Tyberiadis (so genannt weil Tyberiadis est regio iuxta flumen Tyberis constituta) et alluvione (in der Ausgabe: Super Authenticis et Institutionibus commentaria Basil. 1588 fol. p. 368 sqq.) Seine, durch Zeichnungen veranschaulichten, Constructionen beruhen aber auf ganz willkürlichen Voraussetzungen und erschöpfen durchaus nicht alle denkbaren Fälle. Vgl. Zirndorfer in Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 4 roman. Abth. S. 236.

9) Die Alluvion nach römischem und deutschem gemeinen, sowie nach bayrischem und preußischem Particular-Rechte. Inaug.-Abh. München 1856 S. 7 §. 3.

10) Vgl. unten S. 419 f. zu N. 44a.

die Alluvion diese Uferlängen berührt." Mit dieser Ergänzung aber bietet die Regel lediglich einen andern Ausdruck für den Thatbestand. Die Summe der von der Alluvion berührten Uferlängen entspricht nothwendig ganz genau der Gesammtlänge des Anwachses auf der Seite desselben, welche diese Uferlängen berührt. Da nun jeder Anlieger das Eigenthum an demjenigen Puncte des Anwachses erwirbt, welchen sein bisheriges Eigenthum berührt, so muß jeder einzelne Punct des Anwachses, der die ursprüngliche Uferlinie berührt, dem Eigenthümer eben desjenigen Punctes dieser Uferlinie gehören, in welchem die Berührung stattfindet. Für die Theilung des weitern Anwachses dagegen ergiebt sich hieraus ganz und gar nichts: diese hängt davon ab, wie vom Berührungspuncte der ursprünglichen Uferlinien ab die Theilungslinie gezogen werden muß. Und das bleibt eben die Frage.

Vielleicht hat Hermannseder daran gedacht, den Anwachs durch Senkrechte (Normale) zu theilen, die im Berührungspuncte der ursprünglichen Uferlinien auf diesen errichtet werden. Allein auf solche Weise ist eine Theilung des Anwachses nur dann zu bewirken, wenn sich in jenem Berührungspuncte auf beiden Uferlinien Eine und dieselbe Senkrechte errichten läßt, m. a. W. wenn jene Linien von ihrem Berührungspuncte aus beiderseits Eine einzige Linie bilden. Schneiden sie sich dagegen, wird also für jede eine besondere Senkrechte erforderlich, so versagt dieses Mittel den von ihm begehrten Dienst, den Anwachs zu theilen. Schneiden sich nämlich die beiden Uferlinien flußwärts (bilden sie einen nach dem Flusse zu ausspringenden Winkel), so bleibt dasjenige Stück des Anwachses, welches zwischen den im Schnittpuncte auf jeder Linie errichteten Senkrechten liegt, von der Zuweisung an einen der bisherigen, in eben diesem Schnittpuncte an einander grenzenden, Uferanlieger ausgeschlossen; schneiden sich die Uferlinien umge-

kehrt landwärts (bilden sie einen vom Flusse aus einspringenden Winkel), so wird damit dasjenige Stück des Anwachses, welches die in ihrem Schnittpuncte errichteten Senkrechten einschließen, einem jeden der an einander grenzenden Uferanlieger in solidum zugewiesen: in beiden Fällen läßt sich auf dem Boden der dargestellten Theilungsweise nur mittels völlig willkürlicher Constructionen helfen. Aber auch da, wo die Theilung mittels der Normale möglich ist, fehlt es für ihre Anwendung einstweilen an jeder quellenmäßigen Rechtfertigung.

Spiegelberg[11]) erblickt „das Rechtsprinzip, nach welchem die einzelnen Grundstücke sich in die alluvio zu theilen haben," darin, daß „Jedem das anwächst, was sich an seine Ufer ansetzt," und fährt dann fort: „Dies durch seinen Grund festgestellte Prinzip entscheidet auch leicht die Frage, wie an den Grenzen zweier Grundstücke sich das Verhältniß gestaltet, welcher Theil der alluvio dem einen, welcher dem andern anwächst, indem auch hier wegen des unmerklichen Ansetzens die Grenze in demselben Maße unmerklich vorrückt, mag auch dadurch ein erhebliches Interesse des einen oder des andern Grundstückes verletzt werden, indem z. B. ein Grundstück, dessen Grenzen nach dem Flusse zu sich verengen, dadurch allmählich von dem Flusse ganz abgeschnitten werden kann." Verstehe ich diese Darstellung recht, so denkt sich Spiegelberg den gleichzeitig vor zwei Nachbargrundstücken eingetretenen Anwachs zwischen deren Eigenthümern getheilt durch Verlängerung der Linie, welche vom bisherigen Ufer landeinwärts die Grenze zwischen beiden Grundstücken gebildet hat. Wird also ein Ufergrundstück von den beiderseits benachbarten Ufergrundstücken durch Linien abgegrenzt, welche flußeinwärts convergiren, so hört das Anwachsen dieses mittlern Grundstückes an dem

11) A. a. O. S. 14 f.

Schneidepuncte jener Grenzlinien nothwendig auf; der weitere Zuwachs fällt ausschließlich den beiden bisherigen Seitengrundstücken zu, welche kraft ihres Anwachsens in dem bezeichneten Puncte zusammentreffen. „Wie sich dann, wenn dieser Fall eingetreten ist, die Grenzen weiter fortsetzen," will Spiegelberg im vorliegenden Zusammenhange nicht untersuchen; folgerecht dürfte es sein, den über jenen Punct hinausreichenden Zuwachs zwischen den beiden, allein noch vorwachsenden, Seitengrundstücken getheilt zu denken durch Verlängerung der Linie, welche den Winkel halbirt, unter dem die Grenzlinien zwischen einem jeden dieser Grundstücken und dem von ihnen beiden eingeschlossenen sich schneiden.

Mag es indessen um die Richtigkeit dieser Folgerung stehen, wie es wolle: unzweifelhaft sind ihre Vordersätze falsch: nach dem natürlichen Grunde des Erwerbs durch Alluvion darf lediglich auf die Uferlinie eines betheiligten Grundstückes gesehen werden,[11a]) nimmer dagegen auf die Richtung seiner diese Linie schneidenden seitlichen Grenzen. Oder müßten wir wirklich einem Grundstücke, dessen seitliche Grenzen flußwärts divergiren, einen Anwachs zutheilen, der seine Uferlinie um so weiter überflügelt, je stärker die Divergenz jener Grenzen ist —?[12])

Die richtige Entscheidung folgt m. E. mit Nothwendigkeit aus der Vorstellung des gleichmäßigen Anwachsens. Danach kommt jedem der betheiligten Grundstücke jeder Punct des Anwachses zu, der irgend einem Puncte der Uferlinie dieses Grundstückes, wie dieselbe vor dem Beginne des Anwachsens lief, näher liegt, als irgend einem Puncte

11a) Vgl. unten S. 419 f. vor N. 44.

12) Vgl. Henrici in v. Iherings Jahrb. Bd. 13 S. 72. Bd. 15 S. 322; auch Spiegelberg selbst a. a. O. S. 45 zu N. 158.

der ebenſo beſtimmten Uferlinie des andern Grundſtücks; die Linie, nach welcher der Anwachs zwiſchen den beiden Grundſtücken getheilt iſt, wird gebildet durch diejenigen ſeiner Puncte, deren jeder von dem ihm nächſten Puncte der einen Uferlinie ebenſo weit entfernt iſt, wie von dem ihm nächſten Puncte der andern. [13]) Und hieraus ergiebt ſich dann allerdings, daß in dem Falle, wo ſich im Berührungspuncte zweier Uferlinien auf beiden die nämliche Senkrechte errichten läßt, die Theilung durch eben dieſe Senkrechte richtig bezeichnet wird.

Ueber den legislatoriſchen Grund, aus welchem den bisherigen Uferanliegern das Eigenthum am alveus relictus beigelegt worden iſt, ſprechen ſich die Quellen nicht aus. Es kann jedoch nicht zweifelhaft ſein, daß er nicht einmal in dem Sinne in der natura rerum liegt, wie dies der Fall iſt bei dem Grunde für den Erwerb durch Alluvion. [14]) Denn das verlaſſene Flußbett bildet gegenüber den ehemaligen Ufergrundſtücken ein ſelbſtändiges Rechtsobject [15]) und könnte demnach recht füglich in das Eigenthum anderer Perſonen, als der Anlieger, fallen, wie ja Caſſius Longinus es in der That denjenigen zugeſprochen hat, welche der Fluß mittels ſeines neuen Bettes ihres Eigenthums beraubt hatte. [16]) Die im Gegenſatze zu Caſſius geltend gewordene Behandlung des alveus relictus bei agri arcifinii iſt demnach als poſitivrechtliche anzuerkennen. Und in

13) Henrici a. a. O. Bd. 13 S. 67 f. Bd. 15 S. 313 ff. S. 330 f.

14) S. oben S. 388 ff.

15) L. 3 §. 2 D. de aq. cott. 43, 20 (oben S. 389 N. 2a). Bechmann a. a. O. S. 16 zu N. 41 f.

16) Hygin. de gener. controv. p. 124 v. 11—p. 125 v. 4 (oben Ziffer 3 S. 367).

noch höherm Maße gilt dies für die gleichartige Behandlung der insula in flumine nata. [16a])

Da übrigens die Behandlung beider Fälle ein Ergebniß der Rechtshandhabung ist, so dürfen wir annehmen, daß die Römer sie für billig, mindestens für zweckmäßig gehalten haben. [17])

Dem steht es schwerlich entgegen, wenn uns das nicht gerade überzeugungstüchtig vorkommt, was die Neueren zur Rechtfertigung jener Behandlung vorbringen.

So, wenn hinsichtlich des alveus relictus gesagt worden ist: wäre er von Anfang an freies Land gewesen, so würde auch er ohne Zweifel von den Anliegern occupirt worden sein; diese seien an der Ufergrenze nur deshalb stehen geblieben, weil das Flußbette als res publica der Occupation nicht unterlegen habe; darum sei es natürlich und billig, sie jetzt, nachdem dieses Hinderniß weggefallen, ohne weiteres vorrücken zu lassen. [17a]) Denn so viel immerhin dafür spricht, daß gleichzeitig mit den Ufergrundstücken auch das Flußbett occupirt sein würde, falls es damals bereits wasserfrei gewesen wäre, so wenig wahrscheinlich dürfte es sein, daß unter allen Umständen gerade die Anlieger das Flußbett occupirt haben sollten, z. B. auch dann, wenn dasselbe erheblich breit, oder wenn es tief eingerissen ist; — noch weniger wahrscheinlich aber, daß an der Occupation sich auch nur in der Mehrzahl der Fälle die Anlieger beider Uferseiten betheiligt hätten. Und vollends auf die insula in flumine nata ist jene Erwägung kaum anwendbar.

Besser zutreffend erscheint auf den ersten Blick die Begründung, der Erwerb, den die Anlieger am alveus

16a) L. 9 §. 4 D. de usufr. 7, 1 (s. oben S. 388 f. N. 2a).
17) Bechmann a. a. O. S. 14 f. und bezw. S. 15 f.
17a) Bechmann a. a. O. S. 15 bezw. S. 16 f.

relictus und an der insula in flumine nata machen, sei die Entschädigung für die Verluste, welche der Fluß ihnen drohe oder bereits zugefügt habe.[17b]) Allein auch diese Begründung hält eine schärfere Prüfung nicht aus. Wer ein Ufergrundstück erwirbt, muß sich der Gefährdung seitens des Flusses bewußt sein; woher also sein Anspruch auf Entschädigung dafür? Versteht es sich doch von selbst, daß er bei oneroſem Erwerbe seine Gegenleistung mit Rücksicht auf eben diese Gefährdung niedriger bemißt, als es sonst der Fall sein würde.[17c])

Am ersten vielleicht finden wir den Gedanken, der die Römer zu der von ihnen festgehaltenen Behandlung des alveus relictus und der insula in flumine nata gegenüber agri arcifinii geleitet hat, wenn wir davon ausgehen, daß der Staat hier an dem wasserfrei gewordnen Flußbette Ansprüche nicht geltend machte. Dem ius commune gemäß wäre dasselbe also herrenlos gewesen und hätte als solches der willkürlichen Occupation zu Eigenthum unterlegen. Vergegenwärtigen wir uns nun das bellum omnium contra omnes, welches jene Occupationsbefugniß herbeiführen konnte! Angesichts einer derartigen Verwickelung erschien es sicherlich rathsam, derartige Zustände dadurch einfürallemal abzuschneiden, daß die Rechtsordnung das frei gewordene Land nach fester Regel den Anliegern zuwies.[17d]) Einer ähn-

17b) S. die Citate bei Spiegelberg a. a. O. S. 12 N. 33 f.

17c) Umgekehrt wird er freilich auch den Vortheil vergüten, den das Grundstück vor übrigens gleichartigen vermöge seiner Lage am Flusse bietet. Deshalb kann er nicht, wie Spiegelberg a. a. O. S. 12 nach N. 34 meint, in diesem Vortheile die Entschädigung für die Gefährdung durch den Fluß finden.

17d) Um dem nahe liegenden Einwurfe zuvorzukommen, daß die Römer doch bei agri limitati jenes bellum omnium contra omnes unbedenklich zugelassen hätten, sei daran

lichen Erwägung mußte wohl auch die Ansicht des Cassius Longinus weichen, der im verlassenen Flußbette die durch die Entstehung des neu gebrochenen Bettes Geschädigten verhältnißmäßig entschädigen wollte. Denn das Theilungsverfahren, welches infolge dieser Ansicht nothwendig gewesen wäre, hätte einerseits eine weitläufige Berechnung des Schadens und anderseits eine umständliche Vermessung und Bonitirung des alten Bettes erheischt; mittlerweile aber würde dieses Bette vor dem Zugreifen der Anlieger kaum anders zu sichern gewesen sein, als kraft strenger und überaus lästiger Verwaltungsmaßregeln.

Was übrigens immer der bestimmende Grund für die Behandlung des alveus relictus und der insula nata gewesen sein mag: hier genügt es, sie als ius singulare hingestellt zu haben.

Wie nun in diesen beiden Fällen der Eigenthumserwerb als solcher auf einem positiven Satze beruht, so könnten auch die näheren Bestimmungen über seine Theilung unter den concurrirenden Uferanliegern ganz positiv und im Einzelnen sehr verschieden festgesetzt worden sein. Gleichwohl ist dies nicht gerade wahrscheinlich. Hielten nämlich die Römer es für zweckmäßig oder für billig, den alveus relictus wie die insula nata den Eigenthümern der nicht limitirten Ufergrundstücke zuzusprechen, so wird es als folgerecht nur gelten dürfen, daß sie für beide Fälle die Theilnahme von einer gleichmäßig wirkenden Regel abhängig gemacht haben.[17a])

erinnert, daß eine willkürliche Eigenthumsoccupation nach unseren Ausführungen hier höchstens möglich war hinsichtlich des dem Flusse selbst Zugewiesenen (s. oben Ziffer 3 S. 360 f. und S. 376 f.), also in einem seltenen Falle.

17a) Vgl. Henrici Jahrb. Bd. 13 S. 71 und dazu Zirndorfer Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 4 S. 252 f.

Als gleichmäßig wirkende Regel aber ist keine andere denkbar, als eben dieselbe, welche wir oben für den Erwerb durch gleichzeitige Alluvion an Nachbargrundstücken entwickelt haben. Hiernach würde m. a. W. von dem alveus relictus und der insula in flumine nata der einzelne Uferanlieger jeden Punct erhalten, der irgend einem Puncte seiner Uferlinie näher liegt, als irgend einem Puncte der Uferlinie eines andern; die Theilungslinie würde sich also zusammensetzen aus der Reihe derjenigen Puncte des der Theilung unterliegenden Landes, deren jeder von den ihm nächsten Puncte einer • jeden Uferlinie gleichweit entfernt ist. [18])

Es bleibt zu prüfen, ob die Quellenaussprüche mit dieser Regel vereinbar sind.

Wir beginnen mit der Reihe der Aussprüche über die insula nata.

Gai. II, 72:

At si in medio flumine insula nata sit, haec eorum omnium communis est, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident; si vero non sit in medio flumine, ad eos pertinet, qui ab ea parte, quae proxima est, iuxta ripam [18a]) praedia habent.

18) Henrici Jahrb. 13 S. 67 f. 15 S. 313 ff. S. 330 f. — Wenn Spiegelberg a. a. O. §. 5 S. 16 ff. leugnet, daß für die Theilung des alveus relictus der gleiche Grundsatz anwendbar sei, wie für diejenige der allavio, so erklärt sich das daraus, weil er über den hier in Betracht kommenden Fall der alluvio nicht zur richtigen Anschauung gelangt ist. Vgl. oben S. 397 f.

18a) Vgl. l. 65 §. 2 D. de a. r. d. 41, 1: (Labeo lib. 6. pithan. a Paulo epit.) Si qua insula in flumine publico proxima tuo fundo nata est, ea tua est etc. (s. oben S. 376).

L. 7 cit. §. 3 D. de a. r. d. 41, 1 (*Gai.* lib. 2. rer. cottid. s. aureor.) und der daraus gebildete §. 22 J. de R. D. 2, 1:

Insula, quae in mari nascitur [18b]) (quod raro accidit), occupantis fit: nullius enim esse creditur [18c]). in flumine nata (quod frequenter accidit), si quidem mediam partem fluminis tenet, [18d]) communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit: quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident.

L. 1 §. 6 h. t. (ſ. oben S. 375).

L. 29 D. de a. r. d. 41, 1:

(*Paul.* lib. 16. ad *Sabin.*) Inter eos, qui secundum unam ripam praedia habent, insula in flumine nata non pro indiviso communis fit, sed regionibus quoque divisis: quantum enim ante cuiusque eorum ripam est, tantum, veluti linea in directum per insulam transducta, quisque eorum in ea habebit certis regionibus.

L. 30 pr. eod.:

(*Pompon.* lib. 34. ad *Sabin.*) Ergo si insula nata adcreverit fundo meo et inferiorem partem fundi vendidero, ad cuius frontem insula non respicit, nihil ex ea insula pertinebit ad emptorem eadem ex causa, qua nec ab initio quidem eius fieret, si iam tunc, cum insula nasceretur, eiusdem partis dominus fuisset.

§. 2 (ſ. oben S. 370 Ziffer 3 N. 75b).

18b) nata est §. 22 J. cit.
18c) at *ins.* §. 22 J. cit.
18d) teneat §. 22 J. cit.

L. 56 pr. eod.:

(*Proculus* lib. 8. epist.) Insula est enata in flumine contra frontem agri mei, ita ut nihil excederet longitudo regionem praedii mei:[18e]) postea aucta est paulatim et processit contra frontem et superioris vicini et inferioris: quaero, quod adcrevit utrum meum sit, quoniam meo adiunctum est, an eius iuris sit, cuius esset, si initio ea nata eius longitudinis fuisset. *Proculus* respondit: flumen istud, in quo insulam contra frontem agri tui enatam scripsisti ita, ut non excederet longitudinem agri tui, si alluvionis[19]) ius habet et insula initio propior fundo tuo fuit quam eius, qui trans flumen habebat, tota tua facta est, et quod postea ei insulae alluvione accessit, id tuum est, etiamsi ita accessit, ut procederet insula contra frontes vicinorum superioris atque inferioris, vel etiam ut propior esset fundo eius, qui trans flumen habet.

L. 65 §. 3 eod.:

(*Labeo* lib. 6. pithan. a *Paulo* epitomat.) *Paulus*: Si insula in flumine nata tua fuerit, deinde inter eam insulam et contrariam ripam alia insula nata fuerit, mensura eo nomine erit instruenda a tua insula, non ab agro tuo, propter quem ea insula tua facta fuerit: nam quid interest, qualis ager sit, cuius propter propinquitatem posterior insula cuius sit quaeratur?

Von der Theilung des alveus relictus reden:

18e) Vgl. l. 26 §. 1 D. de exc. rei ind. 44, 2: (African. lib. 9. quaest.) Item si fundo petito postea insula, quae e regione eius in flumine nata erit, petatur, exceptio obstatura est.

19) is *ins.* M.

L. 7 §. 5 D. eod. und der daraus gebildete §. 23 J. de R. D. 2, 1 (ſ. oben S. 349 f.).

L. 56 §. 1 D. eod.:

(*Procul.* lib. 8. epistol.) Item quaero, si cum propior ripae meae enata est insula et postea totum flumen fluere inter me et insulam coepit relicto suo alveo, quo maior amnis fluerat, numquid dubites, quin etiam insula mea maneat et nihilo minus eius soli, quod flumen reliquit, pars fiat mea? rogo, quid sentias scribas mihi. *Proculus* respondit: si, cum propior fundo tuo initio fuisset insula, flumen relicto alveo maiore, qui inter eam insulam fuerat et eum fundum vicini, qui trans flumen erat, fluere coepit inter eam insulam et fundum tuum, nihilo minus insula tua manet. sed alveus, qui fuit inter eam insulam et fundum vicini, medius dividi debet, ita ut pars propior insulae tuae tua, pars autem propior agro vicini eius esse intellegatur. intellego, ut et [20]) cum ex altera parte insulae alveus fluminis exaruerit, desisse insulam esse, sed quo facilius res intellegeretur, agrum, qui insula fuerat, insulam appellant. [21])

und weiter

l. 1 §. 7 h. t. (ſ. oben S. 357)

und

L. 30 §. 1 D. de a. r. d. 41, 1 (ſ. oben S. 366).

Aus den mitgetheilten Stellen ergiebt ſich zunächſt, daß eine Inſel je nach ihrer Lage im Fluſſe bald den Anliegern nur der einen Uferſeite zufällt, bald den Anliegern beider Seiten, während beim verlaſſenen Flußbette ſtets die letztere Weiſe der Theilung ſtattfindet. Als Uferſeite gilt

20) Statt *ut et* ſchlägt laut Mommſen Menge vor: utique.

21) appellavi *scr.* M.

übrigens in beiden Verhältniſſen nicht nur das Feſtlandsufer, ſondern auch das Ufer einer, zwiſchen dem Feſtlande einerſeits und der neuen Inſel oder dem alveus relictus anderſeits liegenden, ältern Inſel. Von der erwähnten Abweichung abgeſehen, zeigt die Vergleichung der vom Erwerbe der Inſel redenden Ausſprüche mit den vom Erwerbe des Flußbettes redenden, daß die Theilung der insula nata nach den nämlichen Grundſätzen erfolgt, wie die Theilung des alveus relictus. Gaius gebraucht demnach für die Theilung des alveus relictus in l. 7 §. 5 cit. D. de a. r. d. 41, 1 genau die gleichen Ausdrücke, welche er in §. 3 desſelben Fragments für die Theilung der Inſel gebraucht hat, quae mediam partem fluminis tenet; ſowohl von der Inſel als vom Flußbette ſagt er: est eorum, qui prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit. Soviel ich ſehe, beſteht über dieſen Punct in der Rechtswiſſenſchaft keine Meinungsverſchiedenheit; [22]) wir dürfen deshalb, ſoweit nicht die erwähnte Abweichung in Frage kommt, die von der Inſeltheilung handelnden Stellen auch hinſichtlich der Theilung des Flußbettes verwenden und umgekehrt.

Ob eine Inſel den Anliegern beider Ufer zufällt oder den Anliegern nur des einen, das hängt davon ab, ob ſie im Augenblicke ihres Entſtehens [23]) medio in flumine, [24]) in medio alveo nata est, [25]) mediam partem fluminis

22) Henrici a. a. O. Bd. 13 S. 64 N. 11.

23) L. 56 pr. cit. D. de a. r. d. 41, 1: si — insula initio propior fundo tuo fuit, quam eius, qui trans flumen habebat, tota tua facta est. Vgl. l. 30 §. 2 cit. eod. v.: cuius ager propior fuerit, cum primum extitit (scil. insula). L. 65 §. 3 cit. eod.

24) Gai. II, 72.

25) L. 1 §. 6 h. t.

tenet,[26]) oder ob sie non est in medio flumine,[27]) vielmehr alteri parti proximior.[28])

Fehlt nun noch heute vielfach eine deutliche Anschauung der in Betracht kommenden Verhältnisse, so darf es uns nicht überraschen, wenn die Scholastik sogar den Begriff der media pars fluminis in willkürlichster Weise a priori bestimmt hat. Ausgehend davon, daß ein medium zwei extrema voraussetzt, zwischen denen es sich befinde, versteht Bartolus unter der media pars fluminis den mittelsten von drei gleichen Theilen, in welche die Breite des Flußbettes nach dessen Länge getheilt zu denken sei. Er behauptet demnach, jede in diesem mittelsten Theile entstehende Insel falle den Anliegern beider Ufer zu; und zwar muß dies gemäß seiner Darstellung selbst dann gelten, wenn sie ganz auf der einen Seite jener media pars liegt.[29]) Es ist kaum nöthig, darauf hinzuweisen, daß diese völlig grundlose Ansicht obendrein unvereinbar ist mit l. 7 §. 3 D. de a. r. d. 41, 1, §. 22 J. de R. D. 2, 1,

26) L. 7 §. 3 cit. D. de a. r. d. 41, 1; §. 22 J. de R. D. 2, 1.

27) Gai. II, 72.

28) L. 7 §. 3 cit., §. 22 J. cit.

29) Bartolus l. c. (oben N. 8a) p. 378 lib. II de insula (in der Auslegung des § *Insula, quae in mari nascitur* (22) J. de R. D. 2, 1) ad v. *quod frequenter accidit* nr. 1: — Ut autem cesset dubitatio (scil. quid sit, in medio esse), melius possumus exponere, scilicet ut dividatur tota latitudo fluminis in tres partes aequales. Si ergo insula tenet illam partem fluminis, quae est in medio, facta divisione in tres partes aequales, tunc erit communis, ut litera dicit. nr. 2: Quid ergo est medium? Responsio: quod consistit inter duo extrema. Noë Meurer Wasserrecht und Gerechtigkeyt (zuerst 1570) Theyl 2. Ausg. v. Goedaeus Marpurgi 1604 S. 22 unter 1.

l. 30 §. 2, l. 56 pr. D. de a. r. d. 41, 1 citt., laut deren die Inſel, si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident; — fit eius, cuius ager propior fuerit, cum primum extitit; — si — initio propior fundo tuo fuit, quam eius, qui trans flumen habebat, tota tua facta est; — noch ſchlechter wo möglich ſtimmt ſie zu l. 56 cit. §. 1, wo es vom alveus relictus heißt: alveus medius dividi debet, ita ut pars propior insulae tuae tua, pars autem propior agri vicini eius esse intellegatur. Kann nämlich der Ausdruck: alveus medius in dieſem Zuſammenhange nur von der Halbirung des Flußbettes ſeiner Länge nach verſtanden werden, ſo iſt nicht füglich anzunehmen, daß er in l. 1 §. 6 h. t. etwas weſentlich Verſchiedenes bedeute. [30]) Mit vollſtem Rechte zählt denn auch die Anſicht des Bartolus heute, wie es ſcheint, keinen Anhänger mehr.

Dagegen iſt es auch neuerdings nicht ganz unbeſtritten, ob die Inſel zwiſchen den Anliegern beider Uferſeiten auch dann getheilt ſei, wenn zwar die Entfernung mancher ihrer Puncte von der einen Uferſeite die gleiche iſt, wie die Entfernung andrer Puncte von der andern Seite, jedoch einzelne ihrer Puncte der einen Seite näher liegen, als andre Puncte der andern Seite, oder nur dann, wenn ſie genau in der Mitte des Flußbettes liegt, m. a. W. mit keinem Puncte dem einen Ufer näher iſt, als dem andern mit einem andern Punct. Die letztere Anſicht, welche m. E. fälſchlich ſchon in der Gloſſe gefunden wird, [31]) hat in

30) Vgl. Spiegelberg a. a. O. S. 25.

31) So von Spiegelberg a. a. O. S. 26 N. 98. Allein, während die von ihm citirte Gloſſe in l. 7 §. 3 D. de a. r. d. 41, 1 ad v. *mediam partem* die jede Deutung zulaſſende Erklärung giebt: id est in medio fluminis,

der Neuzeit m. W. nur noch in Burchardi[32]) einen Ver-

schließt sie ad v. *proximior sit*, die ihr von Spiegelberg beigelegte Ansicht m. E. geradezu aus. Hier heißt es: Quod poterit sciri accepta chorda (Meßschnur) et puncto medio posito inter utrumque agrum: et tunc si punctus est tantum ex una parte, aliis cedatur (nämlich die Insel), secundum quod punctus extenditur. Aehnlich sagt die Glosse zu §. 22 J. de R. D. 2, 1 ad v. *mediam partem*: Quod scilicet poterit sciri accepta chorda et puncto posito in medio inter utrumque agrum: et tunc si punctum est ex una parte tantum, alii cedat, alias secundum quod punctum extenditur. Nach den Schlußworten der Institutionenglosse ist es außer Zweifel gestellt, daß die Pandektenglosse mit den entsprechenden Worten keineswegs, wie Zirndorfer, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 4 roman. Abth. S. 236, meint, eine mathematische Theilung der Insel versucht, also durchaus nicht den Vorwurf verdient, sie wolle mittels eines Punctes eine Fläche theilen. Sie will vielmehr sagen: wenn der Mittelpunct der von einem Ufer zum andern quer über die Insel gezogenen (kürzesten) Geraden seitwärts (nicht innerhalb) der Insel liegt, so fällt die Insel den Eigenthümern der andern (d. h. der von diesem Puncte aus jenseits der Insel belegenen) Uferseite zu, „gemäß der Stelle, auf welche der Mittelpunct der zwischen den Ufern gezogenen kürzesten Geraden trifft." — Nicht minder hinfällig scheint mir der weitere Tadel Zirndorfers, die Endpuncte der chorda könnten mangels näherer Bestimmung ganz beliebig liegen: es ist wohl selbstverständlich, daß die Glosse die kürzeste Gerade zwischen den Ufern meint. — Das von der Glosse angedeutete Verfahren schildert ausführlich Donellus comm. iur. civ. lib. IV c. 29 §. 9, der sich aber seltsam genug dafür auf die Worte: veluti linea in directum per insulam transducta in l. 29 D. de a. r. d. 41, 1 beruft.

32) Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht Bd. 1 (1874)

theidiger gefunden. „Es möchte," ſagt der genannte Schriftſteller, doch nicht zufällig ſein, daß das römiſche Recht die Inſel, welche einem Ufer propior, oder wie es auch mit einem, ſeltſamer Weiſe aus dem Superlativ gebildeten Comparativ heißt, proximior iſt, ſchlechthin den Anliegern dieſes Ufers zuſpricht, ohne einer Theilung nach der Mittellinie des Fluſſes zu erwähnen. Liegt freilich eine Inſel gerade in der Mitte, dann bleibt nichts übrig, als dieſelbe, wie geſchieht, zwiſchen den Anliegern beider Ufer zu theilen, weil kein Grund vorhanden iſt, die Anlieger auf der einen Seite vorzuziehen. Aber die practiſchen Römer werden nicht überſehen haben, daß die meiſten Flußinſeln höchſtens mit einem ſchmalen Streifen über die Mittellinie hinausragen, ſo daß es kein ſonderliches Intereſſe hat, den Anliegern des entfernteren Ufers dieſen Streifen zuzuweiſen, was doch für die Anlieger des nähern Ufers mehr oder minder läſtig wäre."

Freilich mag es für den Geſetzgeber immerhin einige Erwägung verdienen, ob nicht eine Inſel ausſchließlich den Anliegern derjenigen Uferſeite zuzuwenden ſei, der ſie mit einzelnen Puncten näher liegt, als der andern Seite mit

S. 100 N. 8. — Schweppe, das Römiſche Privatrecht in ſeiner heutigen Anwendung Bd. 2 §. 260, den Burchardi als Theilnehmer ſeiner Anſicht anführt, ſcheint mir wenigſtens in der 4. Ausgabe (1828) eher das Gegentheil zu ſagen. Vgl. auch Wächter in Weiskes Rechtslexikon Thl. 1 S. 15 Anm. 12.

Nur beiläufig ſei bemerkt, daß Windſcheid in der vierten Auflage ſeines Lehrbuchs die Darſtellung Henricis in Jahrb. Bd. 13 ſo verſtanden hatte, als ob dieſer eine Inſel demjenigen Uferanlieger ganz zuſchreibe, deſſen Uferlinie dieſelbe auch nur mit Einem Puncte näher liegt, als der Uferlinie eines andern. Die ſpäteren Auflagen haben dieſes Mißverſtändniß beſeitigt.

anderen.[33]) Indessen würde er, wie ich glaube, die Frage nur für den Fall bejahen dürfen, wenn das von jenen Puncten gebildete Inselstück eine gewisse Erheblichkeit hat. Und somit würde er genöthigt sein, allgemein die Voraussetzungen zu bestimmen, unter denen dieser Fall als vorhanden gelten solle. Angesichts einer solchen Nöthigung aber erweiset sich die Bejahung unsrer Frage um so bedenklicher, als zu jenen Voraussetzungen außer den Flächenmaßen doch auch die wirthschaftliche Bedeutung, und mit Rücksicht darauf sogar die Form des in Betracht kommenden Inselstücks gehören möchte. Sei dem jedoch, wie ihm sei: es handelt sich hier nicht um eine künftige Regelung des Erwerbs der insula nata, sondern darum, was das römische Recht darüber bestimmt hat, m. a. W. darum, was gemäß den Regeln der Auslegung verstanden werden muß unter den Ausdrücken: medio in flumine, in medio alveo esse, mediam partem fluminis tenere, und umgekehrt: alteri parti proximior, propior fundo, cuius ager propior, cuius ripam contingit.

Nun lassen allerdings die erwähnten Redewendungen sprachlich recht wohl die Auffassung zu, die Theilung einer Insel zwischen den Eigenthümern beider Uferseiten finde nur dann statt, wenn kein Punct der einen Uferseite irgend einem Puncte der Insel näher liegt, als irgend ein Punct der andern irgend einem andern Puncte der Insel. Allein nicht minder gut können jene Worte die Bedeutung haben, die Insel sei zwischen den Eigenthümern beider Uferseiten auch dann getheilt, wenn zwar viele ihrer Puncte Puncten der einen Seite näher liegen, als irgend ein Punct von

33) Henrici Jahrb. Bd. 13 S. 71. – Zirndorfer a. a. O. S. 235 macht hierfür geltend, „daß die hauptsächlich Schwierigkeiten verursachende divisio an beide Ufer auf seltene Fälle beschränkt wäre." Dieser Grund für die bejahende Entscheidung würde also mit Beseitigung jener Schwierigkeiten hinfällig sein.

ihr der andern Uferſeite liegt, immerhin jedoch wenigſtens einige ihrer Puncte der letztern Seite ebenſo nahe liegen, wie andre ihrer Puncte der andern Seite liegen.[33a]) Und dieſe Bedeutung verdient aus dem Grunde den Vorzug, weil ſie der Bedeutung entſpricht, die dem Ausdrucke: pars propior in l. 56 §. 1 D. de a. r. d. 41, 1 hinſichtlich der Theilung des alveus relictus unter den beiden Uferſeiten zweifellos zukommt:[34]) pars propior kann hier nur dasjenige Stück des alveus bedeuten, das mit allen ſeinen Puncten der einen Uferſeite näher liegt, als der andern Seite. Auch würde die entgegengeſetzte Auffaſſung, wie

33a) Nach der üblichen Ausdrucksweiſe: wenn die Inſel über die Mitte des Flußbettes auch nur ein wenig hinausgeht.

34) S. oben S. 409 zu N. 30 und unten nach N. 43. Spiegelberg a. a. O. S. 26 f. Vgl. auch Henrici a. a. O. Bd. 13 S. 70 f. — Seltſamerweiſe hat Noë Meurer trotz der auch von ihm gelehrten Dreitheilung des Flußbettes (ſ. oben N. 29) S. 23 unter 2 die richtige Anſicht: „Es iſt auch, das der Text ſagt: die Inſel werdt gemeyn, alſo zu verſtehn, ſo ſie zugleich mitten im Waſſer, einem ſo nah als dem andern gelegen. Wann aber die Inſel dem einen an einem Stück näher, ſo iſt der näher Theil oder Stück des Nachbarn allein, der näher darbey. Hat alſo ein jeder zu ſeinem Theyl, ſo viel ſie ihm näher liegt.“ Hiernach wird auch zu verſtehen ſein, was derſelbe Schriftſteller in ſeinem tractatus iuridicus de alluvione (Ausgabe von 1733) Th. 2. sect. 7 Nr. 1 S. 46 und Th. 2 sect. 13 Nr. 1 als Ueberſetzung von l. 7 §. 3 cit. vorträgt: „wenn ſie (die Inſel) ſich accurat in der Mitte des Waſſers anſetzt — wann aber dergleichen Inſul nicht in der Mitte, ſondern näher und mehr auf die eine oder andere Seite zu läge, ſo behört ſie denen allein, die auf jener nähern Seite des Geſtads oder Ufers Güter haben.“ (Ich gebe, da mir die genannte Schrift nicht zugängig iſt, das Citat nach Spiegelberg a. a. O. S. 26 zu N. 98.)

Spiegelberg [34a]) treffend bemerkt, nicht gut zu der Thatsache ſtimmen, daß eine Inſel, welche nur einer Uferſeite zufällt, keineswegs ſtets demjenigen Anlieger ganz zuwächſt, deſſen Grundſtück ihr mit irgend einem Puncte am nächſten liegt, vielmehr oft zwiſchen dieſem und andern Anliegern getheilt iſt.

Um das Verhältniß der Entfernungen beider Uferſeiten von der Inſel [34b]) zu beſtimmen war es bis auf Henricis Aufſatz in v. Iherings Jahrbüchern Bd. 13 allgemein üblich, ſich einer ſ. g. Mittellinie in der Längenrichtung des Fluſſes zu bedienen. Soweit dies von ſolchen Schriftſtellern geſchieht, welche zugleich auf das Erforderniß der größern Nähe hinweiſen, iſt möglicherweiſe mit der Mittellinie nichts Anderes gemeint, als die Linie, welche ſich aus der Theilung der Inſel gemäß der geometriſchen Nähe ihrer einzelnen Puncte zu Puncten der Uferlinien ergiebt. [34c]) Sicherlich aber wird die Mittellinie keineswegs überall in dieſem Sinne aufgefaßt; vielmehr gilt ſie unleugbar manchmal umgekehrt als das Mittel, welches die Theilung der Inſel zwiſchen beiden Uferſeiten bewirken ſoll. Getheilt gedacht wird alſo zunächſt das Flußbette als ſolches, ganz ohne Rückſicht auf die Entfernung der Inſel von den Ufern. Die Zuweiſung der Inſel an die Uferſeiten wird alſo danach beſtimmt, ob und wo jene Mittellinie ſie durchſchneidet. Es ſpringt in die Augen, daß dieſe Theilung grundſätzlich verſchieden iſt von der Theilung gemäß der kürzeſten Entfernung zwiſchen den einzelnen Puncten der Inſel einer-

34a) A. a. O. S. 27.

34b) Die „Ufernähe," wie Windſcheid Lehrbuch I §. 185 N. 1 es nennt, im Gegenſatze zu der Nähe der Ufergrundſtücke derſelben Flußſeite, die er als Grundſtücksnähe bezeichnet.

34c) Vgl. Henrici Jahrb. Bd. 13 S. 85 f. S. unten zu N. 43.

ſeits und Puncten der Uferlinien anderſeits, wennſchon beide Theilungsweiſen in einzelnen Fällen den gleichen Erfolg haben.

Wie jedoch diejenige Mittellinie laufen ſolle, welche nicht als das Ergebniß der Theilung gemäß der geometriſchen Nähe der einzelnen Puncte der Inſel zu Puncten der Uferlinien gedacht wird, darüber ſcheint keine Uebereinſtimmung zu herrſchen.

Vielleicht beſteht nicht einmal darüber Einverſtändniß, ob dieſe Mittellinie in der ganzen Länge des Fluſſes gezogen werden müſſe, alſo von ſeinem Urſprunge bis zu ſeiner Mündung, — oder nur in demjenigen Abſchnitte ſeiner Länge, in welchem die Inſel entſtanden iſt. Aeltere Schriftſteller beſchränken die Linie ausdrücklich auf den bezeichneten Abſchnitt. [35]) Die Neueren aber reden vielfach von einer Mittellinie ſchlechthin, [36]) einer „durch die Mitte des Fluſſes gezogenen Linie," [37]) „einer den Fluß ſeiner Breite nach halbirenden Linie," [38]) davon, daß „der Fluß ſeiner Länge nach durch eine von beiden Ufern gleich weit entfernte Linie in zwei gleiche Theile getheilt," [39]) „längs des Fluſſes eine von beiden Ufern gleich weit entfernte Linie gezogen" wird [40]) und drgl., ohne daß mit Gewißheit

35) S. die Anführungen bei Zirndorfer a. a. O. S. 238 und Spiegelberg a. a. O. S. 21 f. Die gleiche Beſchränkung findet ſich im preußiſchen allgemeinen Landrechte Thl. 1 Tit. 9 §§. 247 ff.

36) So z. B. Arndts Lehrbuch der Pandekten §. 153 zu N. a.

37) So Windſcheid Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1 §. 185 zu N. 1.

38) So Göſchen Vorleſungen Bd. 2 Abſ. 1 §. 270 S. 150 unten.

39) So v. Wächter in Weiskes Rechtslexikon Thl. 1 S. 14.

40) v. Wächter Pandekten I §. 60 unter IV. 2 S. 280.

erſichtlich iſt, ob ſie die erwähnte Beſchränkung dabei vorausſetzen oder nicht.[41]) Spiegelberg[41a]) macht freilich die Bemerkung, man müſſe auch die Ufer unterhalb und oberhalb der in Betracht kommenden Flußſtrecke berückſichtigen, weil man die Mittellinie des Fluſſes ſuche, nicht diejenige einer kurzen Strecke desſelben; allein es wird nicht deutlich, wie weit er flußauf- und abwärts gehen will. Gleichwohl iſt es einleuchtend, daß bei ſtarken Krümmungen des Fluſſes die Richtung der Mittellinie ganz verſchieden laufen muß, je nachdem man ſie vom Urſprunge ab gezogen denkt, oder nur durch den betheiligten Flußabſchnitt.

Will man die Linie vom Urſprunge ab ziehen, ſo geräth man in unlösbare Verwickelung, wenn der Fluß aus mehreren gleichwerthigen Quellen entſpringt, oder wenn er, wie die Weſer, durch das Zuſammentreten zweier Flüſſe entſteht: von welcher Quelle, von welchem dieſer beiden Flüſſe ſoll man ausgehen? Aber auch da, wo nur Eine Quelle vorhanden iſt, läßt ſich der Anfangspunct der geſuchten Mittellinie nur dann mit Sicherheit beſtimmen, wenn die Quelle in Form einer geometriſchen Figur begrenzt wird, welche durch einen flußabwärts gerichteten Schnitt in zwei ſymmetriſch gleiche Hälften zerlegt werden kann. Will man dagegen zwecks Zuweiſung der Inſel nur den betheiligten Flußabſchnitt halbiren, ſo muß man zuvörderſt beſtimmen, von welchem Puncte einer jeden Uferlinie jener Abſchnitt beginne, und an welchem er aufhöre; und ſowohl das Eine als das Andre, und damit die Richtung der Linie ſelbſt, iſt wenigſtens in den allermeiſten Fällen mehr oder minder der Willkür anheimgegeben.

41) Beim alveus relictus tritt dieſe Beſchränkung manchmal heraus. Vgl. Göſchen a. a. O. S. 148 zu N. 7; v. Keller Pandekten §. 141 unter 3 nach N. 4; v. Wächter Pandekten a. a. O. S. 279 unter III.

41a) A. a. O. S. 24.

Sofern aber unter einer Linie, welche von beiden Ufern gleich weit entfernt ist, oder durch die Mitte des Flusses geht, ihn seiner Breite nach halbirt u. s. w., eine Linie verstanden wird, welche von je zwei verschiedenen Puncten beider Uferlinien (also einem Puncte A der einen, einem Puncte A^1 der andern Linie, weiter einem Puncte B der ersten, einem Puncte B^1 der zweiten u. s. f.) sich gleich weit entfernt hält, so läßt sich eine solche Linie überhaupt nur dann ziehen, wenn die Uferlinien entweder einander parallel laufen, oder eine Figur bilden, welche, wie z. B. ein gleichschenkliges Trapez, in zwei symmetrisch gleiche Hälften zerlegt werden kann: und wo kommt das Eine oder das Andre bei Flußstrecken von einiger Länge vor?

Man hat nun mehrfach, im Einzelnen in verschiedener Weise, versucht, einen geometrisch unregelmäßig begrenzten Flußlauf auf eine regelmäßige Figur zurückzuführen. [42]) Dabei aber bleibt unter allen Umständen gerade die entscheidende Frage unerörtert, ob man denn auch befugt sei, an die Stelle des wirklichen Flußbettes das „reducirte" zu setzen? In Wahrheit muß diese Frage auf das Entschiedenste verneint werden: jede Weise solcher Substitution beruht auf reiner Willkür und wäre höchstens dann zu entschuldigen,

42) Es genüge, hier mitzutheilen, was Höpfner, theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen (7. Aufl. von A. D. Weber) §. 310 sagt: „Man ziehe durch den Fluß der Länge nach eine gerade Linie, welche den Fluß in zwey Theile schneidet", wozu N. 2 bemerkt: „Für Leser, welchen die Geometrie nicht fremd ist, merke ich an, daß eigentlich zuerst der Fluß, soweit die Insel reicht, auf ein rectangulum reducirt, und dieses der Länge nach durch eine gerade Linie getheilt werden muß."

wenn eine mit den Quellen vereinbare Weise der Theilung sich nicht finden ließe.

Die Quellen wissen von irgend einer Mittellinie nichts; sie fordern für die Zutheilung der Insel an Eine Uferseite, daß die Insel alteri parti proximior (l. 7 §. 3 cit. D. de a. r. d. 41, 1; §. 22 J. de R. D. 2, 1), propior fundo oder ripae sei (l. 56 pr. §. 1 D. de a. r. d. 41, 1); sie sprechen die Insel dem zu, cuius ripam contingit (l. 1 §. 6 h. t.); sie reden ohne Unterscheidung des Umstandes, ob im gegebenen Falle die Insel den Anliegern beider Uferseiten oder den Anliegern nur der einen zuwachse, davon, daß insula fit eius, cuius ager propior fuit, cum primum extitit (l. 30 §. 2 eod.). Wie vortrefflich dies alles zu dem von uns vertretenen Grundsatze der Vertheilung nach der geometrischen Nähe der einzelnen Puncte paßt, bedarf keines Wortes. Auf das Genaueste aber bezeichnen eben diese geometrische Nähe die Worte des Paulus: mensura eo nomine instruenda, — quaeri, cuius propter propinquitatem insula sit (l. 65 §. 3 eod.).

Denkt man die insula in flumine nata gemäß der geometrischen Nähe jedes einzelnen ihrer Puncte zwischen beiden Uferseiten getheilt, so ergiebt sich die Grenzlinie der Theile aus der Reihe der Puncte, deren jeder von dem ihm nächsten Puncte der einen Uferseite gleichweit entfernt ist, wie von dem ihm nächsten der andern Seite: diese Mittellinie ist m. a. W. nicht das Hülfsmittel für die Feststellung der Theilung, sie ist vielmehr deren Endergebniß. [43])

Auf gleiche Weise sind hinsichtlich der Theilung des alveus relictus zwischen den Anliegern beider Uferseiten die Ausdrücke: pars propior insulae tuae, pars proprior

43) Vgl. Henrici a. a. O. Bd. 13 S. 82 f., Spiegelberg a. a. O. S. 27 f.

agro vicini in l. 56 §. 1 D. de a. r. d. 41, 1 cit. und utriusque vicini in l. 1 §. 7 h. t. zu verſtehen: die Linie alſo, die den alveus medius bezeichnet, iſt auch hier aufzufaſſen als gebildet durch die Reihe der Puncte der gleichen nächſten Entfernung von beiden Ufern.

Ueber die Zutheilung der insula nata an die Anlieger der nämlichen Uferſeite äußern die Quellen ſich vielfach. Sie ſprechen je nach den Umſtänden die Inſel denen zu, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident (Gai. II, 72; l. 7 §. 3 D. de a. r. d. 41, 1; §. 22 J. de R. D. 2, 1; l. 1 §. 6 h. t.), oder denen, qui ab ea parte, quae proxima est, prope (l. 7 §. 3 cit., §. 22 J. cit.), iuxta (Gai. II, 72 cit.), secundum ripam (l. 29 D. de a. r. d. 41, 1) praedia possident. Die betheiligten Anlieger derſelben Uferſeite aber nehmen an dem auf dieſe Seite fallenden Erwerbe theil pro modo latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit (l. 7 §. 3 cit. §. 22 J. cit.). Hieraus ergiebt ſich, daß für die Zumeſſung des dem Einzelnen Zukommenden nur ſeine Uferlinie entſcheidet, nicht dagegen die landwärts gehende Ausdehnung ſeines Ufergrundſtücks, auch nicht die Richtung der Grenzen zwiſchen ihm und den Nachbarn. [44])

Indeſſen erhält jener Theilungsmaßſtab „pro modo latitudinis“ eine nähere Beſtimmung. Es erwirbt der Einzelne, cuius ripam contingit (l. 1 §. 6 h. t.), cuius fundi e regione insula est (l. 26 §. 1 D. de exc. rei iud. 44, 2), und zwar erwirbt er tantum, quantum ante cuiusque ripam est (l. 29 D. de a. r. d. 41, 1), was contra frontem agri eius est, ita ut nihil excedat longitudo (insulae) regionem praedii; es wird anerkannt, daß eine Inſel, welche gleich bei ihrem Entſtehen procedit contra

44) Vgl. oben S. 398 zu N. 12.

frontes vicinorum, ſoweit ſolches procedere reicht, den Nachbarn gehöre (l. 56 pr. eod.); umgekehrt bleibt vom Erwerbe ausgeſchloſſen derjenige, ad cuius fundi frontem insula non respicit (l. 30 pr. eod.). [44a])

Beim alveus relictus heißt es hinſichtlich der Antheile, welche den Anliegern derſelben Uferſeite zukommen, genau ſo, wie bei der insula nata: pro modo latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit (l. 7 cit. §. 5 eod.; §. 22 J. de R. D. 2, 1 cit.). Dagegen ſchweigen die Quellen von dem Falle, wo der vom Waſſer verlaſſene Theil eines Flußbettes nicht mit der Uferlinie eines anſtoßenden Grundſtücks abgrenzt, vielmehr nach einer Seite hin ein Stück dieſer Linie Uferlinie bleibt. Es unterliegt indeſſen keinem Zweifel, daß zwecks Zumeſſung des Antheils, der vom verlaſſenen Flußbette dem Eigenthümer dieſes Grundſtücks zukommt, nicht deſſen ganze urſprüngliche Uferlinie berückſichtigt wird, ſondern lediglich das Stück ihrer Länge, vor welchem das Flußbette vom durchfließenden Waſſer verlaſſen iſt. Sofern es hierfür noch einer äußern Gewähr bedarf, bietet dieſe die Analogie der mitgetheilten Quellenausſprüche über den Erwerb der insula nata.

Was aber bedeuten in dieſen die Ausdrücke: contingere, e regione, ante ripam, contra frontem esse, ad frontem respicere?

Die meiſten Schriftſteller äußern ſich darüber nicht, beruhigen ſich vielmehr mit einer mehr oder minder genauen Umſchreibung des Quellenausdrucks: pro modo latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit. So erklärt Preußer: [44b]) „welchen der Adjacenten desſelben Ufers — die Inſel ganz oder theilweiſe erworben wird,

44a) Spiegelberg a. a. O. S. 45 zu N. 159.

44b) Nachſchrift zu der in Seufferts Archiv Bd. 26 Nr. 221 mitgetheilten Entſcheidung.

das richtet sich lediglich nach der Ausdehnung (der Breite), welche die Ländereien am Ufer haben." Aehnlich sagt v. Wächter: „was diesseits der (längs des Flusses von beiden Ufern gleich weit entfernt gezogenen) Linie liegt, (fällt) den Eigenthümern am diesseitigen Ufer, und zwar je nach der Ausdehnung, welche ihre Grundstücke am Ufer haben, ins Eigenthum zu." [45]) Vermuthlich steht dahinter mehr oder minder bewußt eine ähnliche Ansicht, wie sie von Andern ausgesprochen wird, die Ansicht nämlich, daß man durch Gerade, welche von den Grenzpuncten der Ufergrundstücke auf die das Flußbette halbirende Mittellinie ziehe, die Antheile der Anlieger abgrenzen könne. Diese Linien bezeichnen Einige als Senkrechte auf der gedachten Mittellinie; [46]) Andere nennen sie „Querlinien", ohne über ihre Richtung etwas Genaueres anzugeben, als was in der Bezeichnung selbst liegt, daß sie nämlich auf die berufene Mittellinie gehen. [47]) Da indessen kaum anzunehmen ist, daß diese Querlinien auf jeden beliebigen Punct der Mittellinie sollten laufen dürfen, so haben wohl auch die letzteren Schriftsteller an Senkrechte gedacht, sind aber vielleicht durch ein naheliegendes Bedenken davon abgehalten worden, von solchen zu sprechen. Denn in der That würde durch Senkrechte auf die Mittellinie nur unter ganz besonderen Voraussetzungen die Entscheidung gewonnen werden können: häufig läßt sich von einem gegebenen Puncte auf eine auch in ihrer Länge gegebene Linie eine Senkrechte überhaupt nicht fällen; bisweilen lassen sich umgekehrt mehrere ziehen:

45) Pandekten I §. 60 S. 280 unter IV. 2. Weitere Citate s. bei Spiegelberg a. a. O. S. 30 N. 110.

46) So Hermanseder a. a. O. S. 8 unter II, 3; Windscheid Lehrb. Bd. I §. 185 unter 1. Andere Citate bei Spiegelberg a. a. O. S. 31 N. 112.

47) So v. Keller Pandekten §. 141 unter 3 und 4. S. weitere Citate bei Spiegelberg a. a. O.

für alle diese Fälle aber würde man somit auf ebenso künstliche, als willkürliche Constructionen verwiesen sein.[47a])

Man hat freilich die Vorschrift jener Senkrechten zu finden gemeint in l. 29 D. de a. r. d. 41, 1 (s. oben S. 404). Hier spricht Paulus den einzelnen von meh-

47a) Spiegelberg a. a. O. S. 31. Hier ist bemerkt: „von manchen Puncten wird sich überhaupt keine Verticale (nämlich auf die Mittellinie) fällen lassen, es sei denn, daß man sie eine Strecke über Land führen wollte, eine Situation, welche geeignet ist, Ansprüche Mehrerer auf dasselbe Gebiet zu begründen." Wenn ich recht verstehe, stellt Spiegelberg sich Fälle vor, in denen die Uferlinie oder die Mittellinie oder jede von ihnen ihre Richtung so stark wechselt, daß die Normale von einem bestimmten Puncte der Uferlinie auf die Mittellinie ein zwischen beiden liegendes Ufergrundstück durchschneidet, also von dem Puncte an, in welchem sie die Uferlinie des letztern berührt, mit derjenigen Normale zusammenfällt, die unmittelbar von diesem Puncte aus auf die Mittellinie gezogen wird. So viel ich sehe, tritt dies jedoch keineswegs in jedem Falle ein, in welchem sich von einem bestimmten Uferpuncte unmittelbar durch das Flußbette eine Normale nicht ziehen läßt; richtiger also hätte Spiegelberg gesagt: „von manchen Puncten wird sich eine Normale überhaupt nicht fällen lassen, von andern nur dann, wenn man sie" u. s. w. Und gewiß ist es eine Uebertreibung, wenn er fortfährt: „von den meisten Puncten werden sich aber auf die gewundene Mittellinie mehrere Verticale ziehen lassen; und welche ist dann maßgebend?" Daß von demselben Puncte der Uferlinie mehrere Normale auf die auch ihrer Länge nach gegebene Mittellinie gezogen werden können, wird doch nicht allzu häufig vorkommen. Indessen zeigt schon die Möglichkeit der beiden hier heraus gehobenen Fälle, zu welchen widersinnigen Ergebnissen jene Construction mit Senkrechten führen muß.

reren Anliegern derſelben Uferſeite von der Inſel ſoviel zu, quantum ante cuiusque eorum ripam est, veluti linea in directum per insulam transducta; und unter der ſo bezeichneten Linie iſt füglich nichts Anderes zu verſtehen, als eine Gerade, und zwar, wie wir zugeben, eine Senkrechte. Allein es fehlt nicht nur jeder Anhaltspunct dafür, daß dieſe auf jener „Mittellinie" ſenkrecht ſtehen ſolle;[48]) ſondern Paulus bezweckt in l. 29 überhaupt nicht, die Weiſe zu lehren, mittels deren jedem Betheiligten der ihm von der Rechtsordnung zugewieſene körperliche Theil erkennbar zuzumeſſen ſei; der Schwerpunct ſeiner Bemerkung liegt vielmehr ganz und gar darin, daß die Anlieger derſelben Uferſeite das Eigenthum der Inſel nicht nach ideellen Theilen erwerben, ſondern nach körperlichen. Somit ſind die angeführten Worte nichts weniger, als eine grundſätzliche Anweiſung zur Inſelvermeſſung; ſie wollen jene von der Rechtsordnung vorgezeichnete räumliche Theilung lediglich an einem Beiſpiele (quasi) anſchaulich machen.[49]) Und begreiflicherweiſe iſt dazu ein Beiſpiel gewählt, welches vermöge ſeiner Einfachheit beſonders überſichtlich iſt. Am nächſten liegt es wohl anzunehmen, der Juriſt ſtelle ſich den Fall vor, wo die Uferlinien der betheiligten Grundſtücke Eine Gerade bilden: in dieſem Falle bezeichnet in der That die Senkrechte, welche in ihrem Berührungspuncte auf dieſer Geraden errichtet wird, die den Grundſtücken zukommenden Theile der Inſel völlig richtig. Uebrigens ſei zur Unterſtützung unſrer Auffaſſung der l. 29 noch angeführt,

48) Vgl. Spiegelberg a. a. O. S. 33 und S. 49. An erſter Stelle wird auch beſtritten, daß von einer Verticalen die Rede ſei; wir werden es wenigſtens wahrſcheinlich zu machen ſuchen, daß Paulus ſich in der That eine Senkrechte vorgeſtellt habe, aber freilich eine Senkrechte auf der Uferlinie.

49) Vgl. Spiegelberg a. a. O. S. 33.

daß dieselbe auch von den Compilatoren getheilt wird: nur von ihr aus erklärt sich das ergo, mittels dessen diese der l. 29 die l. 30 pr. anschließen. Denn während die Entscheidung der l. 30 pr. voraussetzt, daß die räumliche Zutheilung der insula nata an die Uferanlieger unmittelbar erfolgt,[49a]) ist dagegen für sie ganz gleichgültig die Art, wie diese Zutheilung nachgemessen wird.

Die Quellen wissen also nichts davon, daß die Theilung unter den Anliegern derselben Uferseite grundsätzlich durch Querlinien vermittelt werden soll.

Zirndorfer[50]) will nun an die Stelle einer jeden exacten mathematischen Construction, die, wie er meint, in den Quellen absichtlich nicht gegeben werde, das freie richterliche Ermessen setzen, dem nur gewisse allgemeine Weisungen ertheilt werden. Er sagt: „Entsteht eine Insel in einem Flusse, so ist sie beiden Ufern gemeinsam, wenn sie den mittleren Flußtheil inne hat; liegt sie einem Ufer näher, so fällt sie diesem ausschließlich zu; unter Adjacenten desselben Ufers erhält jeder den vor seinem Grundstücke liegenden Theil der Insel. Genauere Regeln giebt es auch heute nicht; jeder Versuch dem richterlichen Ermessen engere Schranken zu setzen, muß auf Abwege führen und Rechtsregeln hervorrufen, welchen eine Anzahl von Ufergestaltungen sich nicht anpassen.[51]) Nur das mag concedirt werden, daß eine in der Mitte des Flusses liegende Insel nach dem Verhältniß ihrer Nähe an beide Ufer fällt,[52]) aber auch

49a) Vgl. Henrici a. a. O. Bd. 15 S. 315.

50) A. a. O. S. 253 f.

51) Zirndorfer meint, dies auch der Henricischen Construction nachgewiesen zu haben. S. unten S. 443 f.

52) Soweit also, wenn ich recht verstehe, scheint Henricis Ansicht gebilligt; wie sich damit freilich die folgenden Worte vertragen, das ist mir unverständlich.

dies nur innerhalb der durch richterliches Ermessen feststellbaren(?) Grenze." — „Vielleicht wird eingewendet werden, daß der Richter hiernach zu frei gestellt sei. Aber die insula in flumine nata ist von Anfang an communio incidens; die Klage der Ufereigenthümer ist also die actio communi dividundo. Nun bedenke man, wie frei der Richter bei jeder Theilungsklage gestellt ist, und dann wird man finden, daß auch hier das nicht mehr und nicht weniger als sonst der Fall ist."

Allein Zirndorfer hat nicht beachtet, erstens, daß die Berechtigung eines jeden einzelnen Theilungsinteressenten nach Dasein und Umfang feststehen muß, bevor der Theilungsrichter zur Auseinandersetzung schreiten kann; und zweitens, daß die Aufgabe des Theilungsrichters ganz genau dahin geht, aus der Theilungsmasse oder auf deren Kosten einem jeden Interessenten an Werth soviel zu gesondertem Rechte zuzusprechen, als dessen ideellem Antheile an der Masse entspricht: ein freies Ermessen des Richters findet nur statt hinsichtlich der Art und Weise, wie er jedem Interessenten den ihm gebührenden Werthbetrag verschaffen will. In unserm Verhältnisse dagegen hätte nach Zirndorfers Ansicht der Richter gerade umgekehrt zu bestimmen, welchen Theil ein jeder Interessent haben solle, und damit wäre seine Thätigkeit zu Ende: da es sich um körperliche Theile handelt, kann von einer Auseinandersetzung der Betheiligten aus einer Gemeinschaft schlechterdings nicht die Rede sein. Was Zirndorfer freies Ermessen nennt, bei dem er genauere Regeln für unzureichend, ja für irreleitend hält, das würde unvermeidlich zur reinen Willkür werden. Ist doch selbst die Vorschrift, unter Adjacenten desselben Ufers erhalte jeder den vor seinem Grundstücke liegenden Theil der Insel, in dem maßgebenden Ausdrucke: „vor seinem Grundstücke," so undeutlich, daß die verschiedensten Entscheidungen mit ihr begründet

werden können. Zu allem Ueberfluß aber erklärt ja Paulus in l. 29 D. de a. r. d. 41, 1 so unverkennbar, wie möglich, die Insel werde unter den Anliegern derselben Uferseite non pro indiviso communis, sed regionibus quoque divisis: jeder Theilnehmer habe das ihm Zukommende certis regionibus!

Spiegelberg [53]) endlich erblickt in Uebereinstimmung mit Windscheid [54]) den bestimmenden Gesichtspunct für die Theilung einer Insel unter den Anliegern der nämlichen Uferseite in jenen Ausdrücken: contra frontem, ante ripam cuiusque esse, ad frontem cuiusque respicere. „Die Lage der Insel vor den Ufern des Flusses, von diesen Ufern aus gesehen; wohin die Ufer ihre Stirn gegen den Fluß richten; wohin sie gegen den Fluß als das sie unstät Begrenzende Front machen: das ist das maßgebende Princip.“ (S. 38).

Während aber Windscheid dieses Princip durch Fällung von Senkrechten zur Anwendung zu bringen sucht, die er von den Grenzpuncten der einzelnen Grundstücke auf die durch die Mitte des Flusses gezogene Linie gezogen denkt, überläßt es Spiegelberg dem Richter, wie er im einzelnen Falle die Theilung vornehmen will, ohne ihn dabei auf die Hülfe von Geometern und Mathematikern zu verweisen. Denn von derartigen wissenschaftlichen Arbeiten enthalten nach Spiegelbergs Ansicht die Quellen bei der Entscheidung über die Theilung unter den Anliegern derselben Uferseite, im Gegensatze zu der Theilung unter den Anliegern beider Uferseiten, auch nicht die geringste Andeutung (S. 38). „Der Richter soll allein nach freiem Ermessen entscheiden, wo er die erforderte Lage findet. Es können ihm dabei nur im Allgemeinen Anhaltspuncte ge-

53) A. a. O. §. 14 S. 38 ff.
54) Lehrb. I §. 185 N. 1.

geben werden, von denen der wichtigſte der iſt, daß die Lage nicht von der Inſel aus geſucht werden muß, wobei die Geſtalt der Inſel, die größere Ausdehnung nach der einen oder andern Seite hin, die mehr gerade oder ſchräge Lage derſelben einen weſentlichen Einfluß üben würde; und es iſt hier die Front nicht allein nach dem Waſſer zu, ſondern vor allem gegen die Strömung des Fluſſes, nicht hinauf oder hinunter zu ſuchen. Daß hierbei die Größe des Fluſſes in Verhältniß gezogen werden muß zu der Größe der Unregelmäßigkeiten der Ufer, iſt ſelbſtverſtändlich; ebenſo, daß die größere oder geringere Ausdehnung der Grundſtücke am Ufer auf die Beſtimmung keinen Einfluß üben darf. [55]) Denn der Richter ſoll erkennen, welcher Uferſtrecke der mathematiſch kleinſte Theil der Inſel zufällt, und werden die Grenzen durch die Puncte gebildet, in denen ſich die Inſeltheilchen berühren, welche Uferſtrecken verſchiedener Grundſtücke gegenüberliegen —" (S. 40 f.).

Ich laſſe es dahin geſtellt, ob gemäß dieſen Anweiſungen ein Richter ohne das eigene Bewußtſein der Willkür dem einzelnen von mehreren Anliegern derſelben Uferſeite ſeinen Antheil zuzuweiſen vermöchte. Unverſtändlich dagegen iſt es mir, wie Spiegelberg ſich darüber täuſchen kann, daß das von ihm angegebene Theilungsverfahren ſich ſchlechterdings mit den Quellen nicht verträgt, nach denen, wie er ſelbſt anerkennt, [56]) „ipso iure eine reelle Theilung ſtattfindet." Eine ſolche ſteht allerdings der rechtlichen Zuläſſigkeit einer Nachmeſſung durchaus nicht im Wege; zu einer Theilung dagegen, welche dem „Ermeſſen" des Rich-

55) Hierzu iſt zu vergleichen Spiegelbergs Ausführung auf S. 46 ſeiner Schrift hinſichtlich der Worte: pro modo latitudinis cuiusque fundi, quae latitudo prope ripam sit.

56) S. 46.

ters, seinem „freien Ermessen“ (S. 40) überlassen ist, bildet sie den geraden Gegensatz. Eine mit unmittelbarer Rechtswirkung, von selbst eintretende körperliche Theilung eines Grundstücks setzt ganz genaue Vorschriften über den Zug der gedachten Grenzlinie voraus, von denen in keinem Falle eine Abweichung statthaft ist. Andernfalls würde mindestens das Gebiet, innerhalb dessen nach richterlichem Ermessen die Grenze so oder anders gezogen werden darf, bis zur Rechtskraft der zufolge dieses Ermessens getroffenen Entscheidung entweder herrenlos oder gemeinsames Eigenthum der Angrenzenden zu ideellen Theilen sein müssen. Dieser Folgerung und damit dem handgreiflichen Widerspruche zu der l. 29 cit. entrinnt Spiegelberg auch nicht etwa dadurch, daß er die Klage des einzelnen Anliegers auf Zuweisung des ihm Zukommenden nicht actio communi dividundo nennt, sondern actio finium regundorum oder Anerkennungsklage.[57]) Denn es ist eben gänzlich irrig, daß auf Grund seiner Lehre der zur Entscheidung angerufene Richter nicht erst die Trennung vornehme, sondern nur ausspreche, welche Grenzen die Natur selbst gezeichnet habe.

Stellt sich damit Spiegelbergs Ansicht in ihrem Ergebnisse als quellenwidrig dar, so ist es auch nicht schwer zu zeigen, worin ihre Begründung krankt. Sie geht aus von der einseitigen Betrachtung der Ausdrücke „ante ripam, ad frontem fundi, contra frontem agri.“[58]) Nun aber

57) S. 57 N. 195.

58) S. 43 ff. Besonders scharf tritt die Einseitigkeit in der Behauptung S. 44 heraus, l. 56 pr. D. de a. r. d. 41, 1 (s. oben S. 405) hebe in einer Weise, die an Klarheit nichts zu wünschen übrig lasse, den Gegensatz der Principien hervor, nach denen eine Insel einerseits den Anliegern desselben Ufers, anderseits denjenigen der entgegengesetzten Ufer zukomme: dort das contra frontes

können und ſollen dieſe Ausdrücke ihrem Weſen nach nichts weiter ſein, als ein dem täglichen Leben entnommener, nicht eben fehlſamer, jedoch der begrifflichen Genauigkeit entbehrender, Hinweis, ſo recht das, was man demonstratio ad hominem nennt. Iſt es nun ſchon an und für ſich bedenklich, aus derartigen Ausdrücken einen maßgebenden Grundſatz entwickeln zu wollen, ſo muß dies vollends da zu verhängnißvollem Irrthume führen, wo es ſich, wie in unſerm Falle darum handelt, eine mathematiſch genaue Entſcheidung zu gewinnen.

Glücklicherweiſe ſind wir jedoch nicht genöthigt, bei der bloßen Verwerfung der bisher erörterten Anſichten ſtehen zu bleiben, — nicht einmal dabei, die hier vertheidigte, zuerſt von Henrici[59]) entwickelte, Anſicht lediglich wegen der Thatſache zu empfehlen, daß ſie allein und zwar, ohne mit den Quellen in Widerſpruch zu gerathen, die geſtellte Aufgabe rein und einfach löſet. Es ſpricht für ſie vielmehr zunächſt ihre grundſätzliche Uebereinſtimmung mit der Weiſe, wie die insula nata und der alveus relictus

vicinorum, hier das propiorem fundo esse; nur dieſe Auffaſſung erklärt nach Spiegelberg die Gegenüberſtellung beider Ausdrücke. Iſt dieſe Gegenüberſtellung wirklich, wie er meint, eine „kraſſe", hinter welcher der Gedanke eines grundſätzlichen Gegenſatzes ſtecken müßte? oder liegt nicht ihre Rechtfertigung, ſofern ſie einer ſolchen überhaupt bedarf, ſehr einfach darin, daß Proculus in ſeinem Reſponſum nicht nur die ihm vorgelegte Frage beantwortet, welche ſich auf das procedere contra frontes et superioris vicini et inferioris beſchränkt, ſondern ihrer, unter Wiederholung der beſchränkten Vorausſetzung ertheilten, Beantwortung die Entſcheidung des verwandten Falles beifügt, si ita accessit, ut insula propior esset fundo eius, qui trans flumen habet — ?

59) In v. Iherings Jahrb. Bd. 13 S. 57—88 (1874) und Bd. 15 S. 313—331 (1877).

zwiſchen den Anliegern beider Uferſeiten getheilt iſt. Aber es fehlt dieſer Anſicht ſodann auch nicht an beweiskräftigen Quellenzeugniſſen, welche Windſcheid und Spiegelberg m. E. deshalb nicht richtig gewürdigt haben, weil ſie durch ihre irrige Werthſchätzung der Ausdrücke ante ripam, ad frontem, contra frontem fundi voreingenommen waren.

Wir beginnen mit l. 65 §. 2 D. de a. r. d. 41, 1 (oben S. 376). Hier heißt es: Si qua insula in flumine publico proxima tuo fundo nata est, ea tua est. Es wird alſo ohne Unterſchied, ob Anlieger beider Uferſeiten auf den Erwerb hoffen, oder Anlieger nur der einen, die Inſel demjenigen Anlieger zuerkannt, deſſen Uferlinie ſie, ſelbſtverſtändlich mit allen Puncten, näher liegt, als der Uferlinie eines andern. Allerdings beſchränkt eine Bemerkung des Paulus dieſen ganz allgemein gehaltenen Ausſpruch Labeos auf eine feſtliegende Inſel im Gegenſatze zu einer ſchwimmenden; allein es heißt wahrlich den Zuſammenhang der Dinge umdrehen, wenn Spiegelberg[60]) im Hinblick auf dieſe von einem viel ſpätern Juriſten anhangsweis gemachte Beſchränkung des urſprünglichen Ausſpruchs ſchlankweg behauptet, es ſei in der Stelle nicht darauf angekommen, zu erörtern, welchem Grundeigenthümer die Inſel anwachſe, ſondern darauf, ob ſie überhaupt einem ſolchen anwachſe, was eben bei der ſchwimmenden Inſel nicht geſchehe. Paulus macht ja gerade daraus dem Labeo einen Vorwurf, daß er bei der Erörterung der von ihm aufgeworfenen Frage nach dem Erwerber der Inſel den Fall

60) S. 48. Aehnlich Preußer in der Nachſchrift zu Seufferts Arch. Bd. 26 Nr. 221: „ihre (der l. 30 §. 2 und der l. 65 §. 2 cit. D. de a. r. d. 41, 1) eigentliche Aufgabe war, zu beſtimmen, welche Art von Inſeln den Adjacenten des Fluſſes iure accessionis erworben werden können“ u. ſ. w.

der ſchwimmenden Inſel nicht vorweg ausgeſchieden habe. Nein! Labeo will eben nichts Anderes erörtern, als die Frage: wer von mehreren etwa in Betracht kommenden Grundeigenthümern erwirbt eine Inſel? Folglich muß die Antwort den entſcheidenden Grundſatz ausſprechen; dieſer aber lautet ohne jegliche Einſchränkung: der Eigenthümer des nächſten (d. h. mit ſeiner Uferlinie allen Puncten der Inſel nächſten) Grundſtücks. Es iſt nicht einzuſehen, wieſo „dieſer Ausdruck auf Koſten der Genauigkeit zugunſten der Kürze gewählt" iſt; noch weniger aber, weshalb „der Fall zu Grunde gelegt iſt, an den man — zunächſt immer denkt, nämlich an einen Fluß mit ganz regelmäßigen Ufern." Wenn die unleugbare Thatſache, daß in dieſem Falle die Inſel dem Nächſten anwächſt, ihren Grund nicht in der Nähe ſeines Grundſtücks zur Inſel hätte, ſo wäre Labeos Entſcheidung als grundſätzliche, wie ſie doch gemeint ſein muß, durchaus falſch.

L. 30 §. 2 D. de a. r. d. 41, 1 (oben S. 369 f. N. 75b) ſodann erklärt, ebenfalls ohne zwiſchen den Anliegern beider Uferſeiten und denjenigen nur der einen zu unterſcheiden, daß ſowohl eine durch Sinken des Waſſerſpiegels, als eine durch Aufhöhung des Flußbettes entſtandene Inſel Eigenthum deſſen werde, cuius ager proprior fuerit, cum primum extitit. Allerdings bilden dieſe beiden Fälle den Gegenſatz zu dem dritten Falle der Inſelbildung, nämlich zu dem ager circumluvione in formam insulae redactus, in welchem die Inſel Eigenthum des bisherigen Grundeigenthümers bleibt, während in den beiden andern Fällen ein Eigenthumserwerb an den Inſeln ſtattfindet. Um ſo mehr aber, ſollte ich denken, hätte es darauf ankommen müſſen, wenigſtens dem Grundſatze nach auszuſprechen, wer denn dieſen Erwerb mache. Und in der That finde ich mit dem Erkenntniſſe des OAG. Berlin v. 20. April

1872 [61]) eben dieſen Grundſatz in l. 30 §. 2 ausgedrückt. Er lautet m. E. dahin, daß jeder Uferanlieger von der Inſel diejenigen Puncte erwirbt, welche der Uferlinie ſeines Grundſtückes näher liegen, als der Uferlinie eines andern. Gälte dieſer Grundſatz zwar hinſichtlich der Theilung unter den Anliegern der beiden Uferſeiten im Ganzen, nicht jedoch auch für die Theilung unter den Anliegern derſelben Seite, ſo würde er unterſchiedslos ausgeſprochen geradezu falſch ſein und durch die löblichſte Liebe zur Kürze nicht entſchuldigt werden. [62]) — Windſcheid ſucht, wenn ich ſeine gedrängte Bemerkung recht verſtehe, die Beweiskraft der l. 30 §. 2 für die Theilung unter den Anliegern derſelben Uferſeite (wie er es nennt: für „die größere Grundſtücksnähe") zu entkräften durch den Hinweis auf die Worte: „si propior fundo tuo fuit, quam eius, qui trans flumen habebat" in l. 56 pr. eod. und „dann wieder" [63]) auf die Worte: „cum propior fundo tuo initio fuisset insula" in §. 1 eod. Ich bekenne, daß ich nicht weiß, was dieſer Hinweis hier bedeuten ſoll. In l. 56 pr. und ebenſo in §. 1 eod. iſt die Rede von einer Inſel, welche deshalb dem Anlieger des einen Ufers ausſchließlich zugewachſen iſt, weil ſie bei ihrem Entſtehen dieſem Ufer mit allen ihren Puncten näher lag (propior fundo fuit), als dem andern: gewiß alſo bezieht ſich das propior in dieſem Zuſammenhange auf die größere Nähe der einen Uferſeite, auf die „größere Ufernähe," wie Windſcheid ſagt. Aber das ſchließt doch nicht aus, daß man auch da, wo es ſich darum handelt, welchem von mehreren auf der nämlichen Uferſeite befindlichen Grundſtücken eine Inſel, ſei es mit

61) Seufferts Arch. Bd. 26 Nr. 221.
62) Vgl. Spiegelberg S. 47.
63) Mit dieſen beiden Wörtern iſt wohl keine andere Bedeutung verbunden, als diejenige eines einfachen „und".

der Gesammtheit, sei es auch nur mit einer Anzahl ihrer Puncte näher ist, als einem andern, soweit dies der Fall ist, sagen dürfe: propior huic fundo est; und nicht minder umgekehrt: hic ager insulae propior est; daß man m. a. W. sowohl die „Grundstücksnähe" als die „Ufernähe" mit dem gleichen Ausdrucke „propior" bezeichnen könne. Man wird also schon sprachlich kaum umhinkönnen, ihn auf die eine wie auf die andere Nähe da zu beziehen, wo, wie in unsrer l. 32 §. 2, zwischen beiden nicht unterschieden wird; sachlich aber ist man zu dieser allgemeinen Beziehung gezwungen, weil, wie bemerkt, der unterschiedslos gegebene Ausspruch falsch sein würde, wenn der Grundsatz der geometrischen Nähe nicht auch für die Zutheilung unter den Anliegern derselben Uferseite (also als Grundsatz der „Grundstücksnähe") gelten sollte.

Ebenso allgemein, wie für die insula nata, ist der Grundsatz der größern Nähe für den alveus relictus in den Quellen ausgesprochen.

Es heißt in l. 30 §. 1 D. de a. r. d. 41, 1 (oben S. 366): cum exsiccatus esset alveus, proximorum fit. Hier, gegenüber einem Thatbestande, bei dem nothwendig die Anlieger beider bisherigen Uferseiten am Erwerbe theilnehmen, kann gar nicht darüber gestritten werden, daß die Bezeichnung proximi auch das Verhältniß unter den Anliegern der nämlichen Uferseite regelt, sofern deren im gegebenen Falle mehrere sein sollten.[64])

64) Zugegeben ist dagegen, daß für die Theilung unter den Anliegern derselben Uferseite nichts folgt aus l. 7 §. 5 eod. (oben S. 349 f.); der Satz: quia vicinum praedium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere würde auch dann seine volle Richtigkeit haben, wenn die Anlieger derselben Seite nicht ratione vicinitatis theilten. Vgl. Spiegelberg S. 46.

Dem gegenüber erblickt nun freilich Preußer[65]) einen entscheidenden Beweisgrund wider Henricis Ansicht in dem Umstande, daß die Institutionen Justinians über den Inselerwerb nichts Weiteres enthalten, als den aus l. 7 §. 3 D. de a. r. d. 41, 1 entnommenen §. 22 J. de R. D. 2, 1, laut dieser Stelle aber die Zutheilung einer Insel an die Anlieger derselben Uferseite sich lediglich nach der Ausdehnung (der Breite) richte, welche die Ländereien am Ufer haben. Die größere oder geringere Nähe dieser Ländereien bei der Insel, meint Preußer, komme also nicht in Betracht; das von der Insel entferntere Ufergrundstück werde von dem nähern nicht ausgeschlossen. Wäre schlechthin der Satz: insula fit eius, cuius ager propior fuerit, cum primum extitit, das Princip der Zutheilung, so würden doch gewiß die Verfasser der Institutionen diesen Satz statt des aufgenommenen zum Inhalte des §. 22 gemacht haben.

Es springt in die Augen, daß die gesammte Beweiskraft dieser Stelle für unsere Frage auf den Worten beruht: pro modo latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit. Nun aber hat weder Preußer, noch, soviel mir bekannt ist, irgend ein andrer Vertreter seiner Ansicht, sich darüber ausdrückliche Rechenschaft abgelegt, wieso die von ihm angenommene Zutheilung der Insel an die Anlieger derselben Uferseite wirklich aus jenen Worten sich ergebe, ja mit ihnen überhaupt vereinbar sei. Um so unerläßlicher ist es für uns, unbefangen den Sinn festzustellen, der in ihnen überhaupt liegen kann.

Sprachlich legen sie die Auffassung nahe, das Flächenmaß, welches von der Insel im Einzelfalle gewissen Anliegern der einen Uferseite zuwächst, sei unter denselben in dem gleichen Verhältnisse getheilt, in welchem die

65) A. a. O.

Längen ihrer Uferlinien zu einander ſtehen.[66]) Die bei dieſer Auffaſſung gebotene Theilung aber läßt ſich nur ganz ausnahmsweis mittels einer einfachen geometriſchen Operation beſtimmen, — ſoviel ich ſehe, nur in drei Fällen. Einmal dann, wenn einerſeits das der einen Uferſeite zufallende Stück der Inſel ein rechtwinkliges Viereck (Quadrat oder Oblongum) bildet, und anderſeits die ſämmtlichen betheiligten Linien dieſes Ufers Eine Gerade bilden, welche der dem Ufer zugekehrten Seite der Inſel parallel läuft: hier würde durch Senkrechte, welche man in den Grenzpuncten der Grundſtücke auf den Uferlinien errichtet, in der That jedem der betheiligten Anlieger ein Flächenmaß der Inſel zugewieſen, welches zu dem Flächenmaße eines jeden andern genau in dem Verhältniſſe ſteht, wie die Länge des der Inſel gegenüber liegenden Stücks ſeiner Uferlinie zu der Länge des entſprechenden Stückes der anderen Uferlinien.[67]) Sodann, wenn die betheiligten Uferlinien zuſammen einen Kreisbogen beſchreiben, der ſich flußwärts öffnet, die dieſer Uferſeite zukommende Länderei aber das Segment eines concentriſchen Kreiſes bildet; und endlich, wenn die Uferlinien einen Kreisbogen bilden, der ſich

66) Es betrage z. B. das zur Vertheilung kommende Flächenmaß 100,000 Quadratmeter, die Uferlängen der drei betheiligten Grundſtücke A, B und C je 500, 300 und 200 Meter: dann würden zuwachſen dem Grundſtücke A 50,000, dem Grundſtücke B 30,000, dem Grundſtücke C 20,000 Quadratmeter.

67) Daß die Uferlinien hier nur mit derjenigen Länge in Betracht kommen würden, bis zu welcher die Inſel ante ripam, contra frontem der Grundſtücke liegt, iſt zwar in l. 7 §. 3 D. de a. r. d. 41, 1 und in §. 22 J. de R. D. 2, 1 nicht einmal angedeutet, dürfte aber ſelbſt für Preußer keinen Anſtoß bilden, da auch die von ihm vertretene Anſicht dieſe Beſchränkung in §. 22 hineintragen muß. S. unten zu N. 68.

flußwärts wölbt, während die dieſer Uferſeite anwachſende Länderei den beiderſeits von Radien begrenzten Ausſchnitt eines concentriſchen Ringes bildet: in dieſen beiden Fällen erfolgt eine den Längen der einzelnen Uferlinien verhältnißgleiche Theilung der Inſelfläche mittels der Radien, welche durch die Grenzpuncte der Uferlinien gezogen werden. Wann aber kommt einer dieſer drei Fälle wirklich vor?! Schon dann jedoch, wenn wir etwa an den thatſächlichen Vorausſetzungen des erſten Falles nichts weiter ändern, als daß wir der Inſel die Form eines ſchiefwinkligen Parallelogramms geben, iſt eine Theilung des Flächenmaßes der Inſel, welches der einen Uferſeite zufällt, unter die Anlieger dieſer Seite im Verhältniſſe der Längen ihrer Uferlinien ohne weitläufige Berechnung und Vermeſſung nicht mehr thunlich; und das Verfahren wird immer künſtlicher, je unregelmäßiger einerſeits die Form der Inſel und anderſeits der Lauf der Uferlinien iſt. Hiernach erſcheint es von vornherein wenig glaubhaft, daß die Römer eine derartige Theilung beliebt haben ſollten, die obendrein ſachlich durch nichts empfohlen wird. Geradezu ausgeſchloſſen aber wird ihre Annahme kraft der unzweideutigen Erklärung der l. 29 D. de a. r. d. 41, 1 wonach die insula nata non pro indiviso communis fit, sed regionibus quoque divisis, certis regionibus. Denn in allen Fällen, in denen eine den Uferlängen verhältnißgleiche Theilung der Inſelfläche nicht durch einfürallemal vorgezeichnete Linien erfolgen kann, in denen m. a. W. das jedem Theilnehmer zukommende Flächenmaß aus mehreren Stücken zuſammengeſetzt werden müßte, alſo in den allermeiſten Fällen, läßt ſich dieſe Theilung auf mehr als Eine Art vollziehen; und hier iſt deshalb eine unmittelbar durch die Rechtsordnung vollzogene Theilung ſolange ausgeſchloſſen, als nicht die Rechtsordnung zugleich genau vorgeſchrieben hat, welche einzelne der in jedem einzelnen Falle denkbaren Möglichkeiten die

allein zulässige sein soll: sonst würde ja eben nicht die Rechtsordnung jedem Theilnehmer sein Stück zuweisen, sondern der Richter, der unter jenen Möglichkeiten die eine auswählt. Alsdann aber würde bis zur getroffenen Auswahl einer bestimmten Möglichkeit die Insel entweder pro indiviso den Anliegern gehören oder herrenlos sein: und das Eine ist ebenso quellenwidrig als das Andre.

Die Gleichheit des Verhältnisses zwischen den Flächenmaßen, welche den einzelnen Anliegern einer Uferseite von der Insel zukommen, einerseits und ihren Uferlängen anderseits kann es also nicht sein, was mit den Worten: pro modo latitudinis cuiusque fundi etc. ausgesprochen ist. Jene Worte müssen vielmehr eine andre Art der Maßgabe oder, da der letzte Ausdruck leicht zur Vorstellung des Verhältnißmäßigen verleitet, lieber: eine andre Art des bestimmenden Einflusses bezeichnen, welche die Länge der Uferlinien auf die Theilnahme der Anlieger an der Inselfläche bewirkt.

Darf man nun sagen, daß bei der Weise, wie sich die bisher herrschende Ansicht die Theilung der Inselfläche vorstellt, es die Länge der Uferlinie ist, die einen derartigen Einfluß übt? Angenommen einmal, es werde die der einen Uferseite zugewachsene Inselfläche wirklich durch Senkrechte oder durch Querlinien getheilt, welche man von den Grenzpuncten der Uferlinien auf die das Flußbette in seiner Längsrichtung theilende Linie zieht, — geben diese Linien in der That einem jeden Anlieger von der Insel pro modo latitudinis cuiusque fundi, quae latitudo prope ripam sit? Oder geben sie ihm nicht vielmehr pro modo einer wesentlich andern Größe, nämlich zufolge der kürzesten Entfernung der Grenzpuncte seiner Uferlinie von einander, also zufolge einer Länge, die nur dann der Uferlänge gleich ist, wenn die ganze Uferlinie eine Gerade darstellt? Und dabei muß man dann noch, ohne jeglichen Anhaltspunct in den Worten des §. 22 selbst, bei denjenigen

Grundstücken, welche die Reihe der betheiligten Grundstücke seitwärts abschließen, die entscheidende Länge beschränken auf die Entfernung des Punctes, in welchem das Grundstück an das nächste betheiligte Grundstück grenzt, von dem letzten Puncte, bis zu dem die Insel ante ripam liegt, [68]) — einem in den meisten Fällen obendrein völlig unerfindlichen Puncte. — Endlich aber: was berechtigt uns in jenes pro modo des §. 22 die beschriebene, für die meisten Fälle recht künstliche, Theilungsweise hineinzutragen? Wenn jene Stelle die allgemeinen Rechtsregeln für den Inselerwerb darstellt, so müßte sie mindestens einen Hinweis auf die beliebten Querlinien enthalten, falls diese für die Theilung wesentlich wären. Und doch fehlt nicht nur jede Spur eines solchen Hinweises in den Institutionen, sondern auch l. 29 D. de a. r. d. 41, 1, die einzige Stelle, welche von Theilung mittels einer Geraden redet, ist, wie wir gesehen haben, [68a]) weit davon entfernt, die Richtung dieser Geraden auf eine „Mittellinie" zu bestimmen.

Auf das Beste dagegen verträgt sich eine Theilung der Insel unter den Anliegern derselben Uferseite, welche nach dem Grundsatze der geometrischen Nähe erfolgt, mit einer Theilung pro modo latitudinis cuiusque fundi, quae latitudo prope ripam sit.

Unbestreitbar thut sie das in dem Falle, in welchem die Uferlinien der betheiligten Grundstücke Eine Gerade bilden: jeder einzelne Punct des Stückes der Insel, welche die auf dem Grenzpuncte zweier Uferlinien inselwärts errichtete Senkrechte einem Uferanlieger zuweiset, liegt irgend einem Puncte der Uferlinie dieses Anliegers näher, als irgend einem Puncte der Uferlinie eines andern. Und eben durch Bezugnahme auf diesen „einfachsten Fall" für

68) Vgl. oben N. 67.
68a) Oben S. 423 zu N. 48.

die Ausführung der Theilung nach dem Grundsatze der geometrischen Nähe könnte man zur Noth das pro modo latitudinis cuiusque fundi in §. 22 cit. gerechtfertigt halten. [69])

Indessen nöthigt uns nichts, uns bei einer solchen, immerhin wenig befriedigenden, Abfindung zu begnügen.

Der Grundsatz der Theilung nach der geometrischen Nähe besagt, daß jeder Anlieger jeden Punct der Insel erhält, dem irgend ein Punct seiner Uferlinie näher ist, als irgend ein Punct einer andern Uferlinie. Darin liegt erstens, daß die Uferlinie als solche entscheidet, und zweitens, daß von jedem Puncte der ganzen Uferlinie untersucht werden muß, ob er nicht irgend einem Puncte der Insel näher sei, als irgend ein Punct einer andern Uferlinie. Beides zusammengefaßt aber heißt mit anderen Worten: für die Frage nach Eintritt und Ausdehnung des Zuwachses an den Einzelnen kommt seine Uferlinie in ihrer ganzen Länge in Betracht. [70]) Ist das nun nicht ganz das Nämliche, wie der Ausspruch unseres §. 22: der Zuwachs

69) Irre ich nicht, so ist dies die Meinung Dernburgs, Pandekten Bd. 1 §. 207 N. 11.

70) Dagegen vermag ich als richtig nicht anzuerkennen, was Henrici, Jahrb. Bd. 15 S. 322, sagt: — „es steht — fest, daß — je größer die Ausdehnung eines Grundstückes am Ufer ist, um so größer auch die Zahl der Puncte ist, welche für Puncte der Insel die nächsten sind." Bei starkem Richtungswechsel der Uferlinie oder des ihr zugekehrten Inselufers oder vollends beider ist es sehr wohl möglich, daß nur wenige Puncte einer langen Uferlinie Puncten der Insel näher sind, als Puncte einer andern Uferlinie, während von dieser letztern, ungeachtet sie weit kürzer ist, als jene, weit mehr einzelne Puncte, als von jener, Puncten der Insel näher liegen, als irgend ein Punct einer andern Uferlinie.

wird getheilt pro modo latitudinis cuiusque fundi, quae latitudo prope ripam sit?

Hierbei versteht es sich ohne weiteres, daß im Einzelfalle nicht jeder Punct der Uferlinie einen Erwerb macht, sondern nur diejenigen ihrer Puncte, welche Puncten der Insel näher liegen, als irgend ein Punct einer andern Uferlinie. Wir brauchen also die bestimmende Länge der Uferlinie nicht erst künstlich zu kürzen auf die Strecke, von der man sagen kann, die Insel liege ihr contra frontem.

Immer jedoch könnte man noch mit Preußer den Einwurf erheben, daß §. 22 den Grundsatz der geometrischen Nähe für die Theilung unter Anliegern derselben Uferseite nicht ausspreche, und man deshalb nicht annehmen dürfe, jener Grundsatz sei der ausschlaggebende. Genauer betrachtet aber stellt sich dieser Einwand als grundlos dar. Jene Stelle theilt den Erwerb, der einer Uferseite an der Insel zukommt, pro modo latitudinis cuiusque fundi, eben denjenigen Grundstücken dieser Uferseite zu, welche ihn gerade vermöge der Thatsache erlangt haben, daß Puncte von ihnen Puncten der erworbenen Inselfläche näher liegen, als Puncte der andern Uferseite. Es war hiernach gänzlich überflüssig, bei der Angabe des Umstandes, welcher für die Theilung des dieser Uferseite Erworbenen unter die einzelnen Ufergrundstücke den Ausschlag giebt, nochmals ausdrücklich hervorzuheben, diesen Grundstücken wachse der Erwerb vermöge ihrer Nähe zu: das durfte als selbstverständlich gelten. [71])

Damit dürfte aus den Quellen nachgewiesen sein, daß Insel und alveus relictus sowohl zwischen den Anliegern

71) Henrici Jahrb. Bd. 13 S. 73 ff. und namentlich Bd. 15 S. 322.

beider Seiten als unter den Anliegern derſelben Seite nach dem gleichen Grundſatze der geometriſchen Nähe getheilt ſind.

Und ſicherlich iſt dies auch ſachlich betrachtet ein ſehr befriedigendes Ergebniß. Denn es läßt ſich füglich nicht verkennen, wie ſehr es ſich für den Geſetzgeber empfiehlt, für beide Fälle der Theilung die gleiche Behandlung vorzuſchreiben. Seltſam dagegen wäre es in der That, ſollten die Anlieger derſelben Seite den Erwerb, den ſie dieſer Seite vermöge der größern Nähe gemacht haben, unter ſich nach einem ganz verſchiedenartigen Grundſatze theilen, und obendrein nach einem Grundſatze, der im Vergleiche mit dem Grundſatze der geometriſchen Nähe auf alle Fälle höchſt willkürlich genannt werden müßte.

Auch hier alſo hat der praktiſche Sinn der Römer die ebenſo einfache als verſtändige Regel gefunden; das bleibende Verdienſt Henricis aber iſt es, ſie wieder entdeckt zu haben.

Wird aber die geometriſche Nähe als der allein entſcheidende Umſtand für die Zuweiſung der insula in flumine nata an die Flußanlieger anerkannt, ſo ergiebt ſich damit von ſelbſt die Behandlung auch derjenigen Fälle, welche in den Quellen nicht erwähnt ſind.

Hierher gehört vor allem der Fall, deſſen Entſcheidung durch das OAG. Berlin i. J. 1872 eine neue wiſſenſchaftliche Erörterung der ganzen Lehre hervorgerufen hat. Es war unterhalb einer ältern Inſel und „letzterer, von Grenze zu Grenze gemeſſen, näher," als den Ländereien der nächſten Uferſeite, eine neue Inſel entſtanden; mit vollem Rechte wurde dieſe, ſoweit ihre einzelnen Puncte Puncten der ältern Inſel näher liegen, als Puncte des Flußufers, dem Eigenthümer der ältern Inſel zuerkannt. [72])

72) Seufferts Arch. Bd. 26 Nr. 221.

Auch die Theilung einer Insel, welche vor der Einmündung eines Seitenflusses mitten im Hauptstrome entstanden ist, verursacht nach unserm Grundsatze nicht die geringste Schwierigkeit. Wollte man diese Insel dagegen gemäß jener „Mittellinie des Flusses" theilen, so ließe sich recht lebhaft darüber streiten, ob dieselbe wirklich so gezogen werden dürfe, als wenn die Ausmündung des Nebenflusses durch eine Linie geschlossen sei, welche hier als Uferseite des Hauptflusses behandelt wird;[73]) oder ob nicht vielmehr so weit als möglich die Breite des Hauptflusses von seiner der Einmündung des Nebenflusses gegenüber liegenden Uferseite nach der entferntesten Uferseite des letztern gemessen werden müßte, um danach jene Mittellinie zu ziehen. Wie erheblich übrigens in dem einen wie in dem andern Falle das Ergebniß der Theilung kraft der Mittellinie von dem Ergebnisse der Theilung nach der geometrischen Nähe abweichen könnte, das bedarf der Darlegung nicht.

Noch weit augenfälliger ist nach Henricis treffender Bemerkung[74]) die Verschiedenheit des Ergebnisses beider Theilungsarten bei einer Insel, die mitten im Flusse vor einer tief in die eine Uferseite einschneidenden Bucht liegt. Läßt man die den Fluß halbirende Mittellinie sich nach der Bucht einbiegen, so kann es leicht kommen, daß sie die Insel ganz oder zu einem großen Stücke der andern Uferseite zuweiset, während doch die beiderseits am Eingange der Bucht liegenden Grundstücke der Insel weit näher liegen, als jene Uferseite.[74a])

73) Vgl. Henrici Jahrb. Bd. 13 S. 83, auch S. 77.

74) A. a. O. S. 84 vgl. S. 76 f.

74a) Liegt die Insel in einer tief in die eine Uferseite einspringenden Bucht so, daß einzelne ihrer Puncte Puncten des Grundstückes zunächst liegen, welches die eine Seite des Eingangs zur Bucht bildet, andre ihrer Puncte aber

Ein arges Mißverſtändniß iſt es, wenn Zirndorfer[75]) meint, es gebe „Fälle, in denen die Grenzlinie aus gleichweiten Puncten nicht entſtehe," und als Beiſpiel eines derartigen Falles nun vorträgt: „Man denke ſich ein Ufer, das an einer Stelle einen convexen Winkel, eine ſcharfe Kante bildet, in dieſen Winkel münde auch die Grenzlinie zweier Ufergrundſtücke; vor der Kante, ganz in der Nähe des Ufers, ſo daß das Gegenüber nicht in Betracht kommt, ſei eine Inſel entſtanden; zieht man nun von der Spitze nach dem Fluße hin ſenkrecht auf den Schenkeln ſtehende Linien, ſo iſt die ganze zwiſchen beide Perpendikel fallende Inſelfläche in jedem Puncte gleich weit von beiden Ufergrundſtücken entfernt, alſo nach Henricis Methode nicht zu theilen." Zirndorfer[76]) ſelbſt hält dieſe ſeine Ausführung für einen „nothwendigen Uebergriff ins mathematiſche Gebiet," mittels deſſen er „mathematiſch zu beweiſen" meint, „daß die Theorie Henricis mathematiſch undurch-

Puncten des Grundſtücks, das den Eingang zur Bucht an der andern Seite begrenzt, wieder andre Puncte endlich Puncten der entgegengeſetzten Uferſeite, ſo wird die Inſel drei räumlich getrennten Grundflächen zugetheilt. Dies hat ſchon Noë Meurer bemerkt. Er ſagt, Waſſerrecht u. ſ. w. Ausg. v. Goedaeus S. 23: „Ein Inſel wird etwan in drey genachbarten getheylt." „1. Im Text (nämlich der l. 7 §. 3 D. de a. r. d. 41, 1) folgen dieſe wort: Welche an beyden ſeiten deß Waſſers. Wie wol aber das wort uterque gemeynlich unter zweyen ein außtheylung macht, möcht es ſich doch zutragen, daß das Waſſer ſeinem Fluß nach gegen drey ſeiten ſtehe. Wie dann auch in ſolchem fall die Inſel unter allen dreyen Genachbarten zu theylen wer."

75) Zeitſchrift der Savigny-Stiftung Bd. 4 roman. Abth. S. 253.

76) A. a. O. N. 97.

führbar ist." Ich fürchte, kein Mathematiker wird die Möglichkeit zugeben, daß eine Fläche „in jedem Puncte gleich weit" von zwei Grundstücken entfernt sein könne! Zirndorfer verwechselt offenbar den Punct, in welchem die Uferlinien beider Grundstücke sich schneiden („die Spitze"), mit den Grundstücken selbst; und wie er die Entfernung seitens der Insel ganz richtig von deren einzelnen Puncten aus bemißt, so hätte er auch umgekehrt von den einzelnen Puncten der betheiligten Grundstücke aus messen müssen. Wenn er dies gethan hätte, so würde er gefunden haben, daß weitaus die meisten Puncte der Insel Puncten des einen Grundstücks näher liegen, als Puncten des andern, daß jedoch eine Reihe ihrer Puncte je einem Puncte des einen Grundstückes ebenso nahe liegt, als je einem Puncte des andern: und eben diese Reihe bezeichnet die Grenzlinie zwischen den Theilen der Insel, die den einzelnen Grundstücken zukommen. [77])

77) Wie überaus einfach die Theilung gerade in diesem Falle sich ausführen läßt, zeigt Spiegelberg a. a. O. S. 35: „man halbire den durch die beiden Perpendikel eingeschlossenen Winkel, oder noch einfacher, man halbire den convexen Winkel, so bildet die Halbirungslinie die gewünschte Theilungslinie für die Insel. Alsdann ist jedes Stück der so getheilten Insel von den beiden in der durch die Grenzlinie getheilten Uferspitze neben einander liegenden Uferflächen oder auch Uferpuncten, die durch die gemeinsame Grenzlinie getrennt sind, verschieden weit entfernt, nämlich dem Puncte näher, der zu demjenigen Grundstücke gehört, an dessen Ufer diejenige Hälfte des convexen Winkels liegt, in der (?) wir das Inselstück ausgewählt hatten." Die letzten Worte scheinen mir übrigens, vielleicht durch einen Druckfehler, verworren zu sein; vermuthlich sollte gesagt werden: „in deren Nebenwinkel wir u. s. w." Freilich ist auch das kein ganz

Uebrigens bedarf es wohl kaum der Bemerkung, daß die Ausführung, oder genauer: die Feſtſtellung oder Nachmeſſung der Theilung nach der geometriſchen Nähe nicht zur Aufgabe des Juriſten gehört, ſondern Sache des Feldmeſſers iſt.

5. Das Bette eines perennirenden Waſſerzuges, d. h. die das Waſſer auf der Erdoberfläche abwärts leitende Vertiefung, ſoweit ſie vom Waſſer ausgefüllt zu ſein pflegt, iſt, wie wir geſehen haben, [77a]) dem privatrechtlichen Beſitze und Eigenthume aus dem Grunde entzogen, weil das im Bette beſtändig herabfließende Waſſer thatſächlich diejenige Möglichkeit der Verfügung über das Bette ausſchließt, welche den Inhalt von Beſitz und Eigenthum ausmacht. Auch bei vorübergehendem Verſiegen des Waſſers infolge außergewöhnlicher Umſtände wird das Bette dem Beſitze und dem Eigenthume nicht zugänglich: würde ja das auf die Begründung dieſer Rechtsverhältniſſe gerichtete Beſtreben kraft der unausbleiblichen Wiederkehr der regelmäßigen Zuſtände nothwendig vereitelt werden. [78]) Ganz ebenſo, wie mit einem vorübergehend ausgetrockneten Flußbette im ganzen, verhält es ſich mit den oberen Rändern eines Flußbettes, ſoweit ſie zwar nicht ſtändig mit Waſſer gefüllt ſind, aber doch während einer kürzern oder längern Zeit des Jahres Waſſer zu umſchließen pflegen: ſie ſind nur ein Theil des Flußbettes und mit dieſem zuſammen ein Theil des Flußganzen. Jener obere Rand einer jeden Längsſeite des Flußbettes von der Linie abwärts, welche der Stand des höchſten Waſſers gewöhnlich berührt, bis zu der Grenze des tiefſten Waſſerſtandes hinab, heißt in einem beſondern Sinne

correcter Ausdruck; allein die ganze Darſtellung darf nicht mathematiſch präcis genannt werden.

77a) Oben Ziffer 2 S. 344 ff.

78) S. oben Ziffer 2 S. 348.

das Ufer, ripa, des Fluſſes: es iſt nothwendig res nullius, wie der Fluß ſelbſt.[78a]) Sie entſpricht der Bedeutung des Wortes litus in Beziehung auf das Meer: auch das Meeresgeſtade wird gerechnet bis zu der Grenze der regelmäßigen Hochfluth.[78b])

Dieſe engſte Bedeutung von Ufer kommt in Betracht bei dem Erwerbe, den die Uferanlieger durch Alluvion, ſowie an einer insula in flumine nata und an dem alveus relictus machen: einerſeits vergrößert eine allmähliche Aufhöhung des Flußbettes das Grundeigenthum der Flußanlieger erſt dann, wenn ſie über die obere Uferlinie geſtiegen iſt;[78c]) anderſeits fallen insula nata und alveus relictus nur denjenigen zu, deren Grundſtücke bis zu eben dieſer Linie hinabreichen.

Bisweilen überſteigt ſchon das gewöhnliche Hochwaſſer den obern Rand des Flußbettes, indem es die jenſeits dieſes Randes in gleicher oder geringerer Höhe belegene Länderei überfluthet. Gleichwohl gilt eine ſolche Ueberfluthung ſolange nur als eine, die Beſitz- und Eigenthumsverhältniſſe der überflutheten Länderei nicht ändernde, Ueberſchwemmung, als nicht der Fluß ſein Bette geändert hat, d. h. ſolange nicht das den obern Rand des bisherigen Flußbettes überſteigende Waſſer ſeine Ableitung dauernd in einer Vertiefung gefunden hat, welche, ſeitlich neben jenem Rande belegen, wenigſtens an der demſelben abgekehrten Seite durch höher belegene Länderei begrenzt wird. Eine ſolche Aende-

78a) Vgl. Eiſele über das Rechtsverhältniß der res publicae in publico usu S. 31 oben.

78b) L. 96 pr. D. de V. S. 50, 16 (ſ. oben S. 225 N. 22).

78c) Sachlich übereinſtimmend Seufferts Arch. Bd. 21 Nr. 209 (AG. Celle 1867); doch iſt hier unter „Ufer“ umgekehrt die Länderei verſtanden, welche bis zu dem regelmäßigen Waſſerſtande hinabreicht. Vgl. oben Ziffer 4 S. 390 zu N. 2b.

rung des Flußbettes wird namentlich dann erfolgen, wenn der Wasserzulauf nachhaltig so vermehrt worden ist, daß der Fluß andauernd, nicht blos zeitweilig, wie bisher, aus dem alten Ufer tritt.

L. 3 pr. §. 1 h. t.:

(*Paul.* lib. 16. ad *Sabin.*) Flumina publica, quae fluunt[79]) ripaeque eorum publicae sunt. §. 1. Ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen continet.

L. 1 §. 5 h. t.:

Ripa autem ita recte definietur id, quod flumen continet naturalem rigorem[80]) cursus sui tenens: ceterum si quando vel imbribus vel mari[81]) vel qua alia ratione ad tempus excrevit, ripas non mutat: nemo denique dixit Nilum, qui incremento suo Aegyptum operit, ripas suas mutare vel ampliare . nam cum ad perpetuam sui mensuram redierit, ripae alvei eius muniendae sunt . si tamen[82]) naturaliter creverit, ut perpetuum incrementum nanctus sit, vel alio flumine admixto vel qua alia ratione, dubio procul dicendum est ripas quoque eum mutasse, quemadmodum si alveo mutato alia coepit currere.

Nicht selten indessen ist das Flußbett so tief eingeschnitten, daß das Hochwasser den Rand der Vertiefung nicht zu überschreiten pflegt, in welcher es hinabläuft.

79) Nach Mommsen ist etwa zu lesen: Flumina publica sunt, quae fluunt semper oder drgl. — Kappeler, der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs S. 60, meint, die Worte „quae fluunt“ können „hier vernünftigerweise nur heißen: so lange sie ihren freien Lauf bewahren;“ er findet den Gegensatz in der aqua ducta. Dies ist doch allzu künstlich.

80) D. h. Richtung.

81) D. h. durch das Meer zurückgestaut.

82) flumen schaltet der erste Corrector der Florentina ein.

Dann gehört dieſe Vertiefung nur ſoweit zum Bette, als der gewöhnliche Stand des Hochwaſſers reicht; ihr darüber liegendes Stück iſt dem privatrechtlichen Eigenthume unterworfen. Auch dieſes Stück der Abdachung des Landes nach dem Waſſerſpiegel zu wird mitbegriffen in dem Ausdrucke: Ufer, ripa.

L. 3 §. 2 h. t.:

Secundum ripas fluminum loca [83]) non omnia publica sunt, cum ripae cedant, ex quo primum a plano vergere incipit usque ad aquam.

Ja, Ufer bedeutet überhaupt den Streifen Landes, der an jeder Seite des Flußbettes, oder genauer: der das Flußbett enthaltenden Vertiefung liegt, einerlei, ob er nach dem Waſſerſpiegel zu ſich ſenkt oder nicht.

In dieſer weiteſten Bedeutung wird das Ufer verſtanden bei dem Gemeingebrauche der öffentlichen Flüſſe.

Jener Gemeingebrauch würde namentlich bei größeren

83) Cuiacius Observ. lib. XIV c. 11 i. f. will das non ſtreichen; Mommſen ſchaltet ein: tantum. Beide Vorſchläge erledigen ſich durch die Darſtellung im Texte. Uebrigens hat unſere Stelle ſchon der Gloſſe unnöthige Bedenken gemacht. Sie bemerkt a. v. *publica*: aliqua ergo . et hoc subiicit, *cum ripae* etc. et dic *ripae* dativus: et cedunt scilicet loca, et dic *cedunt* ut sint publica quoad usum . quod dicit *usque ad aquam* id est naturalem cursum aquae sive unde naturaliter consuevit fluere. Quid ergo, si inter duos montes currit? Et videtur usque ad cacumen montis esse publicum: cum semper vergit ad aquam . sed dic vergit propter attractionem aquae: sed in praedicto casu non sic. Sed quid, si nihil vergit propter tractionem aquae, quia saxosus est usque ad aquam. Responsio. dicam esse publicum usque ad locum, quo plenissimum flumen excurrit: ut supra proxima (l. 3 cit. §. 1) et infra de V. S. (50, 16) l. *litus* (96 pr.).

Flüſſen einer überaus läſtigen Einſchränkung unterliegen, wenn ſeinetwegen nicht auch die im Privateigenthume befindlichen Ufergrundſtücke ſoweit benutzt werden dürften, als es mit Rückſicht auf ihn erforderlich iſt. Deshalb iſt es geſtattet, ein Schiff, einen Nachen, ein Floß, kurz ein Waſſerfahrzeug am Ufer anzulanden, Taue zwecks ſeiner Befeſtigung um die am Ufer wachſenden Bäume zu ſchlingen, ſeinen Inhalt auf ihnen auszuladen (zu löſchen), Netze ans Ufer zu ziehen und dort zu trocknen.

L. 5 pr. D. de D. R. 1, 8:

(*Gai.* lib. 2. rer. cottid. s. aur.) Riparum [84]) usus publicus est iure [85]) gentium sicut ipsius fluminis . itaque navem ad eas appellere, [86]) funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, [87]) onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare . sed proprietas illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorum sunt.

In gleicher Weiſe, wie die Schlußworte dieſer Stelle, bezeugt l. 30 §. 1 D. de a. r. d. 41, 1 (ſ. oben S. 383)

84) §. 4 J. de R. D. 2, 1, welcher aus dieſer Stelle entnommen iſt, ſchaltet ein: quoque.

85) iuris §. 4 J. cit.

86) Die Bamberger Handſchrift der Inſtitutionen aus dem 9. oder 10. Jahrhundert (B) und die Turiner aus der gleichen Zeit (T) leſen: applicare; ebenſo einige der älteren Vulgathandſchriften des Digestum vetus.

87) Die wegen der Erwähnung des Meeres in dieſem Zuſammenhange unpaſſenden Worte: retia—reducere fehlen in den Inſtitutionen; der Text der Baſiliken XLVI, 3, 4 giebt ſtatt ihrer nur die durchaus paſſenden: *καὶ τὰ δικτύα ψύχειν*; das Scholion dagegen lieſet ebenfalls: *καὶ δικτύα ξηραίνειν καὶ ἕλκειν ἐκ θαλάσσης.*

das Eigenthum der Anlieger an den Ufern im bezeichneten Sinne ausdrücklich. Vorausgesetzt aber wird es wahrscheinlich bei der Entscheidung der l. 15 eod. (Nerat. lib. 5. regul.). Hier heißt es im Gegensatze zu Bauten am Meeresgestade, die den Bauplatz zum Eigenthume des Bauherrn machen, von Bauten, die jemand auf einem nicht ihm gehörigen Grundstücke am Ufer eines Flusses aufführt:

Qui autem in ripa fluminis aedificat, non suum facit.

Ist hier nämlich, wie ich annehmen möchte, unter ripa die Abdachung des Landes bis zur Grenze des regelmäßigen Hochwassers verstanden, so kann der Grund für diese Entscheidung kein andrer sein, als die Thatsache, daß jenes Grundstück bereits seinen Eigenthümer hat. [87a])

Anderseits wird das Flußufer mit Rücksicht auf den Gemeingebrauch, der an ihm stattfindet, unter Anerkennung des an ihm begründeten Privateigenthums als publicum bezeichnet, und zwar ohne Unterschied, ob es sich um ein Ufergrundstück des Festlandes handelt, oder um ein solches einer Flußinsel.

L. 65 §. 1 eod.:

(*Labeo* lib. 6. pithanon a *Paulo* epitom.) Si qua insula in flumine propria tua est, nihil in ea publici

87a) Sollte freilich ripa hier den obern Theil des Flußbettes selbst bedeuten, so erklärt sich die Entscheidung der l. 15 cit. daraus, daß die im Flußbette errichteten Bauten nach den Grundsätzen der alluvio und der insula nata beurtheilt werden, bei agri arcifinii also dem Anlieger zufallen, nicht dem Erbauer als solchem (vgl. unten zu N. 2). Allein wenn Neratius dies hätte sagen wollen, so würde er vermuthlich nicht von Bauten in ripa geredet haben, sondern von Bauten in flumine oder in alveo fluminis. Vgl. l. 24 pr. D. de damno inf. 39, 2 (s. unten N. 94); auch l. 1 §. 11 sq. D. de flum. 43, 12 (s. unten Ziffer 8 nach N. 98 und Ziffer 7 nach N. 74).

est . *Paulus*: immo in eo genere insularum ripae flumini et litora mari proxima publica sunt, non secus atque in continenti agro idem iuris est.

Die Uferanlieger ſind jedoch kraft der hiernach ihren Grundſtücken aufliegenden Legalſervitut [88]) durchaus nicht genöthigt, auch die Zukömmlichkeit zum Fluſſe zu gewähren: die Ausübung jener Legalſervitut ſetzt, wie die Ausübung einer jeden andern im Gemeingebrauche eines Fluſſes enthaltenen Befugniß, voraus, daß derjenige, der ſie machen will, überhaupt zum Fluſſe zu gelangen vermag. [89]) Erlaubterweiſe aber geſchieht dies nur kraft eines dinglichen [90]) oder perſönlichen Privatrechts, welches die geeignete Benutzung eines Ufergrundſtückes giebt, oder kraft der ohne Rechtsanſpruch gewährten Erlaubniß zu einer ſolchen Benutzung, oder von einem öffentlichen Wege oder Platze aus, oder endlich vom Waſſer ſelbſt aus.

Hieraus ergiebt ſich hinſichtlich des Gemeingebrauchs der verſchiedenen flumina publica thatſächlich ein großer Unterſchied. Ungeachtet des Rechtsſatzes, wonach der Gemeingebrauch auch an einem perennirenden Bächlein ſtattfindet, das von ſeiner Quelle bis zur Einmündung in ein größeres Gewäſſer den Grundbeſitz nur eines einzigen Privaten durchſchneidet, benutzt in Wirklichkeit ohne weiteres nur dieſer Einzige befugtermaßen jenes Bächlein, ein Andrer dagegen lediglich vermöge eines beſondern Rechtsanſpruchs auf die Zukömmlichkeit oder bei deren freiwilliger Geſtattung; und ähnlich wird ein perennirendes Gewäſſer, das ohne einen öffentlichen Weg oder einen jedermann zugäng-

88) Vgl. oben Tit. 7 Ziffer 10 S. 123, S. 131 f. N. 76, S. 137.

89) S. oben Ziffer 2 S. 341 N. 19.

90) L. 17 §. 4 D. de aq. et aq. pl. a. 39, 3; l. 3 §. 3 D. de S. P. R. 8, 3.

lichen Platz zu berühren, durch die Grundstücke mehrerer Privaten läuft, in Wirklichkeit ausschließlich von diesen und von denjenigen genutzt werden, welchen diese aus irgend einem Grunde jene Nutzung gewähren: es sei denn, daß man in dem einen oder in dem andern Falle von einem größern Gewässer aus zu dem kleinern zu gelangen vermöchte. Im Gegensatze also zu den allgemein genutzten, somit auch thatsächlich öffentlichen, Gewässern haben schon die Römer perennirende Gewässer in thatsächlicher Einzelnutzung und perennirende Gewässer in thatsächlich ausschließlicher Benutzung der Anlieger gekannt. Für die rechtliche Behandlung jedoch sind auch Gewässer der beiden letzteren Arten flumina publica. Welche Bedeutung das hat, werden wir alsbald sehen. [91])

Braucht nun der Anlieger, sofern ihm nicht etwa eine dingliche oder persönliche Pflicht dazu obliegt, es nicht zu dulden, daß ein Dritter anders als vom Wasser selbst aus sein Ufergrundstück betrete, so ist auch von jenen Fällen abgesehen kein Grund ersichtlich, weshalb er dulden müsse, daß ein Dritter sich des Steges oder der Brücke bediene, mittels deren er, der Anlieger, die ihm gehörigen Grundstücke beider Ufer verbunden hat. Und das Gleiche wird von der Brücke gelten, durch welche die Eigenthümer der einander gegenüberliegenden Grundstücke diese verbinden; und ebenso von derjenigen Brücke, welche ein Dritter mit Erlaubniß der betheiligten Eigenthümer zwischen zwei Ufergrundstücken schlägt. Natürlich kann die Verwaltungsbehörde sowohl mit Rücksicht auf den Gemeingebrauch des Wasserzuges, als aus polizeilichen Gründen allgemeiner Natur gegen eine derartige Anlage einschreiten; und nicht minder finden die zum Schutze des Gemeingebrauchs aufgestellten Interdicte soweit statt, als durch die Brücke der Gemeingebrauch in inter-

91) S. Ziffer 6 nach N. 27.

dictswidriger Weiſe beeinträchtigt werden ſollte. Allein das Aeußerſte, was auf dem einen oder dem andern Wege erreicht werden kann, iſt je nach den Umſtänden das Verbot des Baus der Brücke oder das Gebot ihrer Beſeitigung; niemals jedoch vermag ſie anders, als auf dem Wege der Vereinbarung zwiſchen den betheiligten Uferanliegern und den etwa vorhandenen dritten Erbauern einerſeits und der zuſtändigen Verwaltungsbehörde anderſeits, dem Gemeingebrauche gewidmet zu werden. Umſomehr iſt eine ſolche von den betheiligten Privaten zwiſchen ihren Ufergrundſtücken angelegte Brücke, welche weder den Gemeingebrauch des Waſſerzuges beeinträchtigt, noch wider polizeiliche Vorſchriften verſtößt, durchaus privati iuris.

Anders dagegen verhält ſich dies mit einer Brücke, welche jemand zwiſchen zwei Ufergrundſtücken anlegt, die als öffentliche Wege oder Plätze dem Gemeingebrauche unterliegen: dieſe Brücke gilt als Verlängerung jener Grundſtücke und unterliegt daher wie jene ſelbſt nothwendig dem Gemeingebrauche. Und dabei iſt es gleichgültig, ob jene Grundſtücke im Eigenthume des Staates oder einer Gemeinde ſtehen, oder ob ſie, als Eigenthum eines Privaten, mit der öffentlichen Servitut des Gemeingebrauches belaſtet ſind. Das iſt der Inhalt der l. 4 D. h. t.:

> ***Scaevola*** lib. 5.: Quaesitum est, an is, qui in utraque ripa fluminis publici domus habeat, pontem privati iuris facere potest . respondit non posse. [91a])

Scaevola redet von jemanden, dem auf jedem Ufer des Fluſſes ein Haus gehört; damit wird es erklärt, wie er zum Bau einer Brücke über den Fluß ſich veranlaßt

91a) Hiermit hätte die, an ſich richtige, Entſcheidung des OAG. Darmſtadt (1867 in Seufferts Arch. Bd. 22 Nr. 10) begründet werden ſollen, nicht aus dem Gemeingebrauche an öffentlichen Flüſſen.

fühlt. Keinesweges aber ſagt der Juriſt, daß das Grundeigenthum dieſes Häuſereigenthümers unmittelbar bis an den Fluß gehe; wir dürfen alſo auch nicht annehmen, daß letzterer Umſtand zu dem von ihm entſchiedenen Thatbeſtande gehöre. Eben weil man unbeſehens von jener Annahme ausgegangen iſt, hat man ſich ſeit der Gloſſe das Verſtändniß der l. 4 verſchloſſen.

Accurſius ſagt zu den Worten ***non posse***: idem in domibus quod dic ut supra ***ne quid in loco publ.*** l. 2 §. ***tractatum*** (33). Die angezogene Stelle aber giebt das interdictum Ne quid in via publica fiat, wenn jemand einen öffentlichen Weg überbrücken will; durch den Hinweis auf ſie erhält alſo l. 4 h. t. die Bedeutung, einem Privaten ſchlechthin die Ueberbrückung eines perennirenden Gewäſſers zu unterſagen. Ein ſo unpaſſendes Verbot hätte ſich jedoch gar nicht durchführen laſſen; und ſo findet ſich denn der Caſus des jüngern Franciscus Accurſius ad h. l. mit demſelben dadurch ab, daß er ein abweichendes örtliches Gewohnheitsrecht behauptet, wonach auch Private Brücken anlegen dürfen. [92])

Nur einzelne Schriftſteller haben verſucht, die Schwierigkeit der l. 4 zu überwinden. So ſchlägt Noodt [93]) vor, ſtatt privati iuris zu leſen: privato iure; dieſen Ausdruck aber ſetzt er gleich mit privata auctoritate, während er umgekehrt das publice in l. 24 pr. D. de damno

92) Habeo praedia ex utraque parte fluminis . volo facere pontem supra flumen . dicitur, quod non possum . et sic est lex contra nos . habemus enim pontem pulcherrimum supra flumen in nostra villa delectabili nomine Ricardina . sed haec lex non nocet, cum consuetudo nostrae civitatis sit in contrarium . supra vias enim publicas videmus quotidie fieri solaria et supra fluminibus pontes. Franc(iscus Accursius, der Sohn).

93) Probabilia IV c. 1 §. 2.

inf. 39, 2 [94]) von öffentlicher Genehmigung verſteht. Ganz abgeſehen von der Willkür der Textänderung läßt dieſer Vorſchlag es unerklärt, weshalb auch da, wo der Gemeingebrauch des Fluſſes darunter nicht leidet, das Schlagen einer Brücke zwiſchen Ufergrundſtücken, die im Eigenthume Privater ſtehend dem Gemeingebrauche nicht unterliegen, nur unter öffentlicher Genehmigung ſtatthaft ſein ſolle.

Dieſem verfehlten Verſuche gegenüber hält Wieling [95]) an der überlieferten Lesart der l. 4: privati iuris feſt. Nach ihm ſagt die Stelle, daß die Brücke nicht Eigenthum des Erbauers werde; als ſolches würde ſie nämlich den Gemeingebrauch am Fluſſe ſchädigen; dies jedoch ſei unzuläſſig nach l. 1 pr. und §§. 14 sqq. h. t. ſowie nach l. 24 pr. D. de damno inf. 39, 2 cit. In der letzten Stelle heiße publice eben nichts Anderes als: zu gemeinem Rechte (publico et communi omnium iure), wofür er ſich auf l. 4 D. ne quid in loco publ. 43, 8 [96]) beruft. Allein publice bedeutet dergleichen gar nicht, bezeichnet vielmehr nur, daß die Befugniß in einem öffentlichen Fluſſe, auf einem öffentlichen Wege oder am Meeresgeſtade zu bauen, nicht Ausfluß eines Privatrechtes des Bauenden iſt, ſondern lediglich kraft ſeines Bürgerrechtes ſtattfindet: iure scilicet civitatis, wie es in l. 2 §. 2 D. ne quid in loco publ. 43, 8 heißt. [96a]) Folglich kann auch das privati iuris als Gegenſatz nichts weiter bezeichnen, als die Aus-

94) Ulp. lib. 81. ad ed.: Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et litorum . in his igitur publice licet cuique aedificare et destruere, dum tamen hoc sine incommodo cuiusquam fiat etc.

95) Lectiones iuris civilis libri duo. Amstelaedami 1736. I c. 6.

96) S. oben S. 227.

96a) Uebereinſtimmend Heſſe in Iherings Jahrb. Bd. 7 S. 287 f.

ſchließung des Gemeingebrauches; über die Eigenthumsfrage iſt damit ganz und gar nichts entſchieden.

Ganz verworren iſt die Anſicht des ältern Elvers.[97]) Er ſagt: „So wie eine Via publica iſt auch ein Flumen publicum ein civilrechtliches Hinderniß einer Servituten-Verbindung, ſobald nicht ſchon Iure publico dasſelbe Gebrauchsrecht hier in Anſpruch genommen werden kann, worauf die Servitut ſich bezieht. So wenig daher eine Via publica eine Wege-Servitut verhindert, ſo wenig auch ein Flumen publicum; jedoch vorausgeſetzt, daß der Weg unmittelbar durch eine Furth des Fluſſes, oder über eine Brücke fortgeführt werden kann, während die Nothwendigkeit einer Fähre die civilrechtliche Verbindung aufhebt. — Anders jedoch, wenn der Fluß durch die Beſitzungen Eines Eigenthümers fließt, indem er die rechtliche Einheit des Fundus nicht aufhebt.[98]) Demnach iſt aber auch die von

97) Themis N. F. Bd. 1 S. 441 f.

98) N. 59 giebt als Beweis hierfür l. 38 D. de S. P. R. 8, 3: (Paul. lib. 1. manualium) Flumine interveniente via constitui potest, si aut vado transiri potest aut pontem habeat: diversum, si pontonibus traiciatur. haec ita, si per unius praedia flumen currat: alioquin si tua praedia mihi vicina sint, deinde flumen, deinde Titii praedia, deinde via publica, in quam iter mihi acquiri volo, dispiciamus, ne nihil vetet (d. h. es dürfte nichts verbieten. Vgl. Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen Beil. II S. 297 ff. über videre, ne, ne non) a te mihi viam dari usque ad flumen, deinde a Titio usque ad viam publicam. sed videamus, num (d. h. es dürfte dasſelbe Rechtens ſein. Cf. l. 57 §. 1 D. de evict. 21, 2) et si tu eorum praediorum dominus sis, quae trans flumen intra viam publicam sint, idem iuris sit, quia via consummari solet vel civitate tenus vel usque ad viam publicam vel usque ad flumen, in quo pontonibus traiciatur, vel usque ad proprium

einem ſolchen Grundbeſitzer über den Fluß geſchlagene Brücke nicht privati iuris.“ Und dafür ſoll nach N. 60 unſere

aliud eiusdem domini praedium: quod si est, non videtur interrumpi servitus, quamvis inter eiusdem domini praedia flumen publicum intercedat. Im Anfange der Stelle (diversum — currat) ſcheint Paulus eine Wegeſervitut ſchlechthin für unzuläſſig zu erklären, welche über die durch einen furth- und brückenloſen Fluß getrennten Grundſtücke des nämlichen Eigenthümers gehen ſoll. Allein im Fortgange ſeiner Erörterung führt er aus: gehören die durch einen derartigen Fluß getrennten Grundſtücke verſchiedenen Eigenthümern, ſo läßt ſich die ſervitutiſche Berechtigung, über beide zu gehen, füglich in der Weiſe begründen, daß das auf dem einen Ufer belegene Grundſtück mit der Servitut des Weges bis zum Fluſſe belaſtet wird, das auf dem andern Ufer belegene aber mit der Servitut des Weges vom Fluſſe bis zu demjenigen Ziele, wohin die Zukömmlichkeit begründet werden ſoll; und hieran knüpft er die durchaus zutreffende Schlußfolgerung, dasſelbe ſei auch dann Rechtens, wenn die beiden Grundſtücke denſelben Eigenthümer haben; demnach müſſe die Wegegerechtſame auch dann als zuläſſig gelten (non videtur interrumpi servitus), wenn die durch den Fluß getrennten Grundſtücke, welche mit der Servitut belaſtet werden ſollen, den nämlichen Eigenthümer haben. Mit der „rechtlichen Einheit des Fundus“ hat m. E. die Frage ſchlechterdings nichts zu thun; umgekehrt wird ja die Statthaftigkeit der Wegegerechtſame über die durch den, furth- und brückenloſen, Fluß getrennten Grundſtücke des gemeinſamen Eigenthümers aus der Thatſache hergeleitet, daß an Grundſtücken verſchiedener Eigenthümer ungeachtet des ſie trennenden, furth- und brückenloſen, Fluſſes die Zukömmlichkeit kraft ſervitutiſcher Berechtigung ſtatthaft ſei. Jedenfalls hebt Paulus am Schluſſe der Stelle die praktiſche Bedeutung ſeiner erſten Bemerkung (diversum — currat) wieder auf. Dieſen Zuſammenhang hat der jüngere Elvers,

l. 4 den Beleg bilden. Wie jedoch kann aus der Thatsache, daß die durch einen Fluß getrennten Grundstücke des nämlichen Eigenthümers sich mit einer Wegegerechtsame belasten lassen, gefolgert werden, die über diesen Fluß geschlagene Brücke sei nicht privati iuris?! Als Gegensatz ist hier doch kaum etwas Anderes zu verstehen als publici iuris, und zwar dies in dem Sinne „dem Gemeingebrauche unterworfen." Aber woher der Gemeingebrauch?! Nur die Frage erscheint gerechtfertigt, ob die auf beiden Ufergrundstücken lastende Servitut nothwendig auch die nach ihrer Bestellung geschlagene Brücke belaste. Und nicht einmal diese Frage dürfte unbedingte Bejahung verdienen: soweit die Ausübung der Servitut dadurch nicht beeinträchtigt wird, daß der Servitutberechtigte von der Benutzung der Brücke ausgeschlossen bleibt, ist kein Grund ersichtlich, ihm die Befugniß zu dieser Benutzung beizulegen.

Ueber das Eigenthum an der über einen öffentlichen Fluß angelegten Brücke möchte sich Folgendes sagen lassen.

Liegt die Brücke nur an den Ufergrundstücken auf, so kommt es darauf an, ob sie lose aufgelegt,[99]) oder ob sie mit den Ufergrundstücken fest verbunden ist.[100]) Im ersteren Falle bleibt die Verwendung zu einer Brücke ohne jeden Einfluß auf das Eigenthum des verwendeten Mate-

die römische Servitutenlehre S. 174 N. a, verkannt und ist deshalb genöthigt, zuwider dem klaren Wortlaute „per unius praedia" jene Bemerkung von dem Falle zu verstehen, wo der Fluß das praedium dominaturum von dem praedium serviturum trennt; die Worte „Flumine interveniente" im Eingange der Stelle geben dafür keine Rechtfertigung.

99) So z. B. viele Plankenstege.

100) Wie solche über einen Fluß gewölbte Brücken und solche Kettenbrücken, welche nicht auch von Pfeilern im Flußbette getragen werden.

riales; im andern Falle gilt der Satz: superficies cedit solo. Gehören die Ufergrundstücke, mit denen die Brücke fest verbunden ist, verschiedenen Eigenthümern, so entscheidet zunächst die etwa zwischen ihnen getroffene Vereinbarung darüber, in welcher Weise sie das Eigenthum der Brücke theilen. Soweit eine Vereinbarung hierüber nicht getroffen ist oder infolge des Satzes: superficies cedit solo wirkungslos bleibt, muß das Eigenthum der Brücken als reell zwischen ihnen getheilt gelten; und zwar gehört jedem das körperliche Stück der Brücke, welches deren auf seinem Ufergrundstücke befindlichen festen Grundlage zunächst liegt.

Es ist durchaus kein Grund ersichtlich, weshalb die über einem öffentlichen Flusse erbaute Brücke dem Privateigenthume ebenso entzogen sein müsse, wie das Flußbett selbst; mit dem unklaren Ausdrucke, daß sie Accessio des Flußbettes sei und als solche der Natur der Hauptsache folge, ist gar nichts bewiesen. [1])

Nicht anders ist es, wenn die Brücke zugleich auf Trägern ruht, die im Flußbette stehen. Diese Träger, mögen es nun gemauerte Pfeiler sein oder einfaches Pfahlwerk, sind nicht etwa gemäß dem Satze: superficies cedit solo — herrenlos, wie das Flußbette. Sie bilden vielmehr Inseln im Flußbette und stehen daher nach Inselrecht im Eigenthume desjenigen Uferanliegers, dessen Uferlinie sie näher sind, als der Uferlinie eines andern. [2]) Ist also die Brücke mit diesen Trägern fest verbunden, so muß

1) Diese unhaltbare Ausführung giebt das in N. 91a angeführte Erkenntniß des OAG. Darmstadt in Seufferts Arch. Bd. 22 Nr. 10.

2) Hesse in Iherings Jahrb. Bd. 7 S. 286 nimmt zwar auch Privateigenthum an dem im Wasserbette Erbauten an, legt dieses jedoch dem Unternehmer als solchem bei. An die Anwendung des Inselrechtes scheint er nicht gedacht zu haben.

in Ermangelung einer anderweiten Vereinbarung ihr Eigenthum nach körperlichen Theilen unter den Eigenthümern der Träger so getheilt sein, daß jedem dasjenige Stück gehört, welches seinem Träger näher ist, als dem Träger eines Andern. Als Träger kommen hierbei selbstverständlich auch die Unterlagen der Brücke in Betracht, welche sich auf den Ufergrundstücken befinden.

6. Zum Schutze des Gemeingebrauches an flumina publica hat das Edict sechs Popularinterdicte aufgestellt: 1) ein prohibitorisches [3]) und 2) ein restitutorisches gegen Vornahmen in einem schiffbaren Flusse oder an dessen Ufer, welche die Schifffahrt beeinträchtigen; [4]) 3) ein prohibitorisches [5]) und ein restitutorisches gegen Vornahmen im Flusse oder an dessen Ufer, welche bewirken, daß der Wasserlauf anders wird, als er im Sommer des Vorjahres gewesen ist; [6]) ein prohibitorisches gegen Behinderung an der Schifffahrt [7]) und endlich ein prohibitorisches gegen Behinderung am Uferschutze. [8]) Außerdem hat Labeo ein interdictum prohibitorium utile in Vorschlag gebracht, mittels dessen jemand die ungehinderte Beseitigung solcher Anlagen durchsetzen kann, die den Wasserlauf eines nicht schiffbaren flumen publicum zum Nachtheile der Schifffahrt beeinträchtigen. [8a])

Alle diese Interdicte sind definitive Rechtsbehelfe (proprietatis causam continent), weil es laut ihrer Fassung unzulässig ist, die mittels ihrer erlangte Entscheidung durch

3) L. 1 pr. h. t.
4) L. 1 §. 19 h. t.
5) L. un. pr. D. ne quid in flum. 43, 13.
6) L. un. cit. §. 11.
7) L. un. pr. D. ut in flum. publ. navigare lic. 43, 14.
8) L. un. pr. D. de ripa mun. 43, 15.
8a) L. 1 §. 12 und §. 18 h. t. S. unten Ziffer 7 nach N. 74.

einen anderweiten Rechtsbehelf wieder in Frage zu ſtellen.[9]) Wir werden dieſe Interdicte im gegenwärtigen Titel Ziffer 8 f. und in den folgenden Titel 13—15 im Einzelnen betrachten.

Schon aus der kurzen Angabe ihres Inhaltes erhellt, daß alle genannten Interdicte ſich nur gegen beſtimmte einzelne Beeinträchtigungen des Gemeingebrauches richten. Demnach ſicherten ſie ungeachtet ihrer popularen Anwendung den Gemeingebrauch der flumina publica durchaus nicht in dem Umfange, welchen die Rückſicht auf das Gemeinwohl erheiſcht. Heute iſt freilich nach verbreiteter Anſicht der Interdictenſchutz in viel weiterm Umfange ſtatthaft;[9a]) dafür aber ſetzt er ſtets das perſönliche Intereſſe des Klägers voraus. Und deshalb iſt, wie bei den Römern, auch heute noch neben jenem gerichtlichen Schutze die Fürſorge der Verwaltungsbehörden für den Gemeingebrauch an Flüſſen unentbehrlich.

Dazu kommt ein Zweites. Selbſt innerhalb des Anwendungsgebietes der Interdicte iſt da, wo gleichzeitig Mehrere durch ſelbſtändige Handlungen, z. B. Ableiten von Waſſer, Anlegen von Stauwerken, Begradigen des Waſſerbettes, den Gemeingebrauch eines öffentlichen Gewäſſers beeinträchtigen, für den durch die Handlung eines jeden Einzelnen in ſeiner Theilnahme am Gemeingebrauche Geſchädigten wegen der Wechſelwirkung, die zwiſchen den Handlungen Aller beſteht, der Weg gerichtlichen Schutzes nicht nur überaus verwickelt, ſondern obendrein ſeinem eigenſten Weſen nach kaum förderlich:[10]) denn das Gericht vermag unter allen Umſtänden immer nur das Verhalten eines

9) S. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1835a Ziffer 15 S. 109.

9a) S. unten Ziffer 7 zu N. 71 ff.

10) Vgl. oben zu Tit. 7 Ziffer 12 S. 196 f.

jeden Einzelnen gegenüber dem Kläger zu ordnen, niemals aber für das Verhalten Aller gegen einander eine gemeinsame Norm zu schaffen. Es beruht auf einer verhängnißvollen Verwechselung der im Gemeingebrauche befindlichen Flüsse mit den s. g. gemeinschaftlichen Gewässern, [10a]) wenn der dritte Civilsenat des Reichsgerichts wiederholt [10b]) hinsichtlich des Gemeingebrauchs an einem öffentlichen Flusse ein Communionsverhältniß unter sämmtlichen Gebrauchsberechtigten angenommen hat, infolge dessen in Collisionsfällen eine angemessene Regulirung und Vertheilung nicht nur vonseiten der zuständigen Verwaltungsbehörde einzutreten habe, sondern auch vonseiten des angerufenen Gerichtes. Die Zwecklosigkeit einer gerichtlichen Regulirung des Gemeingebrauches erhellt schon daraus, daß sie doch stets nur unter den Parteien des einzelnen Rechtsstreites zu wirken vermag, die Interessenten des Gemeingebrauches aber eine unbestimmte Menge ausmachen.

Sehr lehrreich ist in dieser Beziehung ein Hergang, den André [11]) mitgetheilt hat.

An einem Abschnitte der Hase, unweit unterhalb der Stadt Osnabrück, von der Mühle zu Bramsche über die Mühle zu Malgarten hinaus bis zur Mühle bei Lage, wurden auf einer Strecke von einigen Stunden Weges an beiden Seiten des genannten Flusses mehrere tausend Morgen Landes als Flößwiesen bereits benutzt, während umfangreiche Grundflächen, zu dieser Art der Benutzung geeignet, noch uncultivirt lagen. Zu der Zeit, als die

10a) S. unten Ziffer 7 nach N. 47.

10b) Entsch. Bd. 16 Nr. 31 S. 146 (1886 = Seufferts Arch. Bd. 42 Nr. 8); Bd. 18 Nr. 53 S. 258 (1887); Bd. 29 Nr. 37 S. 146 (1892).

11) Gemeinrechtliche Grundzüge I. der Schiedsgerichte. II. des Wasserrechts im Anschluß an das hannoversche Gesetz vom 22. August 1847. Jena 1860. S. 67 ff.

Einrichtung der ersten Flößwiesen begann, war Wasser in Ueberfluß vorhanden gewesen, und man hatte deshalb die Wasserableitung unbedenklich geschehen lassen. Allmählich aber hatte sich nicht nur die Zahl der Anlagen stark vermehrt, sondern es war auch die von den einzelnen beanspruchte Wassermenge auf ein möglichst großes Maß gestiegen. Infolge davon hatte sich der Wasserspiegel der Hase gesenkt, und somit war einerseits der Bestand der älteren Anlagen gefährdet, anderseits die Einrichtung viel versprechender neuer thatsächlich ausgeschlossen, weil die unmäßige Ableitung des Wassers durch bereits bestehende Anlagen alles verfügbare Wasser verbrauchte.

Je rücksichtsloser der Kampf der Einzelinteressen entbrannte, um so dringender wurde die Frage, wie er sich unter Wahrung des allgemeinen Besten schlichten lasse.

Auf dem Boden des römischen Rechtes würde die Auskunft unschwer zu finden gewesen sein.

Nach römischem Rechte nämlich war zwar die Ableitung von Wasser aus einem öffentlichen Flusse statthaft, wenn darunter die Schifffahrt nicht litt, [12]) und der Lauf des Flusses gegenüber dem Sommer des Vorjahres nicht verändert wurde. [13]) Allein, soweit eine Ableitung nicht kraft Privilegs [14]) oder gemäß unvordenklicher Uebung [15])

12) L. 2 h. t. (s. unten den Text) i. f. Wegen Beeinträchtigung der Schifffahrt finden die zu N. 3, 4 und 8a erwähnten Interdicte statt: in ihrer Zuständigkeit liegt das non permitti der l. 2. S. oben S. 165 f. N. 10.

13) L. un. §§. 1 und 11 D. ne quid in flum. publ. fiat. 43, 13.

14) L. 17 D. de S. Pr. R. 8, 3 (oben S. 153); l. 1 §§. 41 sqq. D. de aq. cott. 43, 20 (daſ.).

15) L. 3 §. 4 eod. (oben S. 154); l. 26 D. de aq. et aq. pl. 39, 3 (daſ.); l. 7 Cod. de serv. et aq. 3, 34 (daſ.); l. 4 Cod. de aquaeductu 11, 43 (oben S. 155).
Allerdings reden diese Stellen, wie die in N. 14 an-

geſchah, ſtand es im Ermeſſen des Kaiſers oder des Senates, ſie zu unterſagen.

L. 2 h. t.:

(*Pompon.* lib. 34. ad *Sabin.*) Quominus ex publico flumine ducatur aqua, nihil impedit (nisi imperator aut senatus vetet), si modo [15a]) ea aqua in usu publico non erit: sed si aut navigabile est aut ex eo aliud navigabile fit, non permittitur, id facere.

Konnten jedoch Kaiſer oder Senat die Ableitung von Waſſer aus einem öffentlichen Fluſſe ganz verbieten, ſo waren ſie auch befugt, dieſelbe an beſtimmte Vorausſetzungen zu knüpfen und ihre Ausübung zu regeln. [16]) Und ohne Zweifel lag es den römiſchen Verwaltungsbehörden ob, auch unaufgefordert Kaiſer und Senat zu geeigneter Verfügung zu veranlaſſen, wo Flüſſe von einiger Erheblichkeit und Ableitungen aus denſelben in Frage kamen, die nachhaltige Wirkungen auf ſolche Flüſſe hervorzubringen vermochten. [16a])

geführte l. 1 §§. 41 sqq. de aq. cott. 43, 20 nur von Waſſerableitungen aus öffentlichen Waſſerleitungen. Allein wie unzweifelhaft ein Privileg ein wahres Privatrecht auf Waſſerableitung aus einem öffentlichen Fluſſe zu ſchaffen vermag, ſo iſt das Gleiche unbedenklich auch für die unvordenkliche Verjährung anzunehmen.

15a) Ganz willkürlich will Baron, Zeitſchrift für vergleichende Rechtswiſſenſchaft Bd. 1 S. 272 f. N. 15, das *si modo* ändern in: *quo facto.* Hört doch auch infolge des Verbotes der Waſſerableitung ein flumen publicum gewiß nicht auf, in publico usu zu ſein. Si modo ea aqua in usu publico non erit heißt: ſofern nicht das Waſſer für einen Gemeingebrauch beſtimmt iſt, dem es durch die Ableitung entzogen werden würde.

16) Beides iſt uns bezeugt in l. 17 D. de S. Pr. R. 8, 3 (ſ. oben S. 153).

16a) L. 2 D. de extraord. cogn. 50, 13: (Ulp. lib. 1. opin.) De usu aquae, de rivis novis inciviliter institutis, item

Gegenüber Anlagen an kleinen Wasserzügen durfte es in den meisten Fällen immerhin als ausreichende Sicherung des allgemeinen Besten gelten, daß jeder Bürger ein Interdict erwirken konnte, wenn er durch sie das eigne oder ein fremdes Interesse gefährdet glaubte: sicherlich war schon im römischen Reiche der Unternehmer einer Bewässerungsanlage an einem größern Flusse thatsächlich genöthigt, sich im voraus der Genehmigung an höchster Stelle zu vergewissern; sonst hatte er zu gewärtigen, daß der zuständige Verwaltungsbeamte von Amtswegen gegen sein Unternehmen einschritt. [16b]) Auf solche Weise aber ließ sich eine zweckmäßige Ordnung für derartige Verhältnisse gewinnen.

Heute würde das um so leichter möglich sein, da in den modernen Staaten die maßgebende Verfügung nicht mehr vom Souverain oder von einer dem römischen Senate vergleichbaren Körperschaft ausgeht, sondern von Verwaltungsbehörden, welche nicht nur in der Lage sind, sich die zuverlässige Kenntniß der einschlagenden örtlichen Verhältnisse zu verschaffen, sondern auch zwecks der erforderlichen technischen Beihülfe die geeigneten Sachverständigen herbeizurufen vermögen. [16c])

In der That hatte denn auch auf dem Boden des römischen Rechtes die Landdrostei Osnabrück durch Be-

de equis alienis a sciente possessis fetuque earum, et de damno dato per immissos in praedium suum universos homines eos, qui in plurium praedia distribui debuerunt, si modo id non ex auctoritate eius, qui iubere potuit, factum est, praesidem provinciae doceri oportere responsum est, ut is secundum rei aequitatem et iurisdictionis ordinem convenientem formam rei det.

16b) Vgl. Ubbelohde über das im Königreich Hannover geltende Recht der Entwässerung und der Bewässerung S. 24.

16c) Vgl. André a. a. O. S. 73.

kanntmachung vom 17. Mai 1845 den ihr unterstellten unteren Verwaltungsbehörden vorgeschrieben, darauf zu halten,

„daß Wasserableitungen aus öffentlichen Flüssen und Stauanlagen in solchen nicht vorgenommen werden, ehe nicht die zuständige Behörde dazu die Genehmigung ertheilt habe, und daß diese Genehmigung nicht ertheilt werde, ehe nicht eine Untersuchung davon die Ueberzeugung gewährt habe, daß die Anlage in der Art, wie sie ausgeführt werden solle, in wasserpolizeilicher Hinsicht zulässig und namentlich auch für eine etwaige Bewässerung der an sich dazu geeigneten an-, ober- oder unterhalb-liegenden Flächen des nämlichen Flußthals nicht hinderlich sei.“ [17])

Nun aber erging am 22. August 1847 für das damalige Königreich Hannover ein Gesetz über Entwässerung und Bewässerung der Grundstücke, sowie über Stauanlagen; und nach §. 59 dieses Gesetzes ist die Ableitung von Wasser behufs der Bewässerung im allgemeinen erlaubt. Freilich bedarf die zwecks einer Ableitung etwa erforderliche Einrichtung oder Veränderung einer Stauanlage der vorgängigen Genehmigung der Verwaltungsbehörde. [17a]) In unserm Falle jedoch war dergleichen gar nicht nöthig: die Stauwerke der an dem bezeichneten Flußabschnitte vorhandenen Mühlen stauten zwecks ihres Betriebes das Wasser so hoch, daß es auf die oberhalb einer jeden Mühle belegenen Grundstücke abgeleitet werden konnte.

Bis zur Enteignung der Mühlenrechte, die nach dem Gesetze [17b]) zulässig ist, hätte sich immerhin gerichtlicher

17) André a. a. O. S. 76.

17a) Hannoversches Ges. v. 22. Aug. 1847 §. 53 unter 2 und §. 74 unter 2.

17b) Angef. Ges. §. 65 vbd. mit §§. 19 ff.

Schutz gegen die Wasserentziehung soweit erreichen lassen, als letztere den Betrieb der Mühlen beeinträchtigte.[18]) Zufälligerweise aber gehörten nicht nur die Mühlen zu Malgarten und zu Lage, sondern auch erhebliche Flächen der an der Bewässerung betheiligten Wiesen der Klosterkammer;[18a]) es war also durch die Umstände geboten, daß diese Behörde nicht einseitig zugunsten der Mühlen vorging. Uebrigens würde man, wie André[19]) treffend bemerkt, mit Klagen aus dem Mühlenrechte zwar der einzelnen Mühle den nöthigen Wasserdruck haben sichern können, niemals jedoch zu einer zweckmäßigen und gerechten Vertheilung des Wassers unter den betheiligten Anliegern gelangt sein, eine gütliche Verständigung dagegen sicherlich aufs Aeußerste erschwert haben.

Auch das interdictum Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxerit,[20]) und das entsprechende restitutorische Interdict[21]) waren zu einer wirklichen Abhülfe des geschilderten Uebelstandes ungeeignet. Allerdings betreffen sie gerade auch den Fall, wenn ein Fluß durch Wasserableitung wasserarm gemacht wird;[21a]) allein kein Anlieger würde damit zufrieden gestellt gewesen sein, daß das Gericht einem Concurrenten nach dem andern die Wasserableitung aus der Hase für

18) André a. a. O. S. 68 f. und S. 86 f.

18a) Dies ist die Verwaltung der für geistliche und Unterrichtszwecke säcularisirten Klostergüter in dem ehemaligen Königreiche Hannover.

19) A. a. O. S. 69.

20) L. un. pr. D. ne quid in flum. publ. 43, 13.

21) L. un. cit. §. 11.

21a) L. un. cit. §. 1: (Ulp. lib. 68. ad ed.) Hoc interdicto prospexit praetor, ne derivationibus minus concessis flumina exarescant etc. S. Titel 13 Ziffer 1 zu N. 3, 5 und 11.

die Zukunft untersagt hätte: das berechtigte Verlangen aller ging auf eine angemessene Vertheilung des Wassers.[22])

Ungeschickt genug jedoch schweigt das Gesetz vom 22. Aug. 1847 völlig davon, daß es das römische Recht zur Grundlage hat. Infolge hiervon waren die Behörden lange Zeit umgekehrt der Ansicht, die Geltung jenes Rechts sei ausgeschlossen, soweit es sich um die Anwendung des neuen Gesetzes handle. So sah man sich so lange außerstande, die Sache in ein geordnetes Verfahren zu bringen, bis man in dem Gesetze selbst die Handhabe dafür gefunden zu haben glaubte. Der §. 61 des Gesetzes nämlich schreibt vor, daß, wenn die benutzbare Wassermenge nicht zu allen Bewässerungen ausreicht, wofür sie in Anspruch genommen wird, die Verwaltungsbehörde das Wasser unter gleichzeitig errichteten Anlagen mit Vorzug der näher belegenen Grundstücke vertheilen, gegenüber jüngeren Anlagen aber den Bestand der älteren schützen solle, in beiden Fällen mit der Maßgabe, daß auf sachgemäße und wasserwirthschaftliche Einrichtung der Anlagen gesehen wird. Gestützt auf diese Bestimmungen wurde die Regulirung der Wassernutzung beantragt; und nunmehr untersagte die Landdrostei jede fernere Wasserableitung bei namhafter Geldstrafe.[23]) Damit war dann freilich die Möglichkeit geschaffen, den Streit unter den vorhandenen Bewässerungsinteressenten abzuschneiden, keineswegs aber die erforderliche Grundlage für die Aufgabe ge-

22) Vgl. André a. a. O. S. 69, der jedoch m. E. darin irrt, daß er statt des hier erwähnten Interdictes das interdictum de fluminibus aus D. 43, 12 und dessen Ausdehnung in l. 1 §. 12 h. t. nennt, diese Ausdehnung aber auf solche Handlungen bezieht, wodurch der öffentliche Gebrauch des Wassers abgesehen von der Schiffahrt behindert, z. B. einem Orte das Trinkwasser entzogen wird. Vgl. unten Ziffer 7 nach N. 73.

23) André a. a. O. S. 72.

wonnen, den Gemeingebrauch des Waſſers im öffentlichen Intereſſe, d. h. mit Rückſicht auf das allgemeine Beſte, zu ſichern, [24]) noch weniger aber die Privatberechtigungen der Mühlen zu ſchützen.

Jene Grundlage ergab ſich dagegen von ſelbſt, als ſich endlich die Anſchauung Bahn gebrochen hatte, das römiſche Recht der öffentlichen Gewäſſer ſei auch gegenüber dem Geſetze v. 22. Aug. 1847 ſoweit in Kraft geblieben, als es mit dieſem Geſetze vereinbar iſt.

24) Allerdings erklärt das Geſ. v. 22. Aug. 1847 §. 60 unter 1 die Ableitung von Waſſer für unſtatthaft, „wenn dadurch das öffentliche Intereſſe, z. B. in Bezug auf Schifffahrt, beeinträchtigt wird", und unter 3 und 4 werden beſondere Gründe der Unſtatthaftigkeit aufgeführt: „wenn dadurch den Bewohnern eines Orts (Stadt, Dorf, Gut u. ſ. w.) das erforderliche Trinkwaſſer für Menſchen oder Vieh, oder das zu Haushaltungszwecken (nicht gewerblichen Betrieben) nöthige Waſſer entzogen werden würde"; und: „wenn dritte Perſonen, denen ein Widerſpruchsrecht zuſteht (richtiger würde es heißen: „welche bei Ausführung der Anlage rechtlichen Anſpruch auf Entſchädigung haben würden", ſ. des Vfrs. Schrift Ueber das im Königreich Hannover geltende Recht der Entwäſſerung und der Bewäſſerung S. 41 ff.), nachweiſen, daß ſie durch die Anlage einen Nachtheil erleiden, welcher dem von derſelben für die Unternehmer zu erwartenden Vortheile wenigſtens gleichkommt"; und nach §. 109 iſt das öffentliche Intereſſe bei allen, einen Gegenſtand dieſes Geſetzes bildenden, Angelegenheiten ſtets von Amtswegen wahrzunehmen. Aber mit dieſen Vorſchriften iſt wohl gegenüber einer einzelnen Anlage zu helfen, allein gegenüber einer Anzahl von Anlagen, die erſt in ihrem Zuſammenwirken das öffentliche Intereſſe verletzen, nur unter der Vorausſetzung, daß der Behörde ganz abgeſehen von dieſen beſonderen Vorſchriften zwecks Wahrung des öffentlichen Intereſſe ein unmittelbares Einſchreiten zuſteht.

Hat uns der mitgetheilte Fall anschaulich gemacht, wie durchaus unentbehrlich für den Schutz des Gemeingebrauchs an öffentlichen Flüssen das Eingreifen der Verwaltungsbehörden ist, so möchte man doch zu der Ansicht geneigt sein, daß das römische Recht diesem Eingreifen einen viel zu ausgedehnten Spielraum gewährt habe, indem es alle fließenden perennirenden Gewässer als flumina publica behandelt, wie denn gemäß jenem weiten Begriffe des flumen publicum schon der Interdictenschutz des Gemeingebrauches, namentlich das interdictum Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxerit — für den Verkehr mit dem Wasser unbedeutender Bäche und Flüßchen etwas ungemein Lästiges, ja Hemmendes haben müsse.

Dieser Ansicht gegenüber kann ich hier im Wesentlichen nur wiederholen, was ich vor mehr als dreißig Jahren über die angefochtenen Bestimmungen des römischen Rechtes gesagt habe.[25])

„Es dürfte von vornherein mindestens unwahrscheinlich sein, daß ein so praktisches Volk, wie die Römer, in der glänzendsten Zeit ihrer Rechtswissenschaft, aus der jene Sätze herrühren, durch Organe, die tagtäglich in die Bedürfnisse des Verkehres aufs Nachdrücklichste hineingeführt wurden, Bestimmungen getroffen haben sollte, welche mit

25) In dem angeführten Schriftchen S. 20 ff. Es ist dies der Separatabdruck der im Neuen Magazin für Hannoversches Recht erschienenen zweiten Auflage zweier am 7. und 14. December 1859 im landwirthschaftlichen Conversatorium zu Göttingen gehaltenen Vorträge, die zuerst in Hennebergs Journal für Landwirthschaft Neue Folge Bd. 5 Hft. 1 Göttingen 1860 abgedruckt waren. Bei der gegenwärtigen Wiederholung habe ich mir übrigens erlaubt, einzelne Ausdrücke zu ändern.

den Anforderungen des Lebens im Widerstreite ständen. [26]) Ich glaube, man muß die Sache anders auffassen." Um die Bedeutung eines Rechtssatzes zu würdigen, muß man erst zusehen, in welchen Fällen er wirklich zur Anwendung gelangt. „Und danach dürfte sich das Urtheil über unsere römischen Wasserrechtslehren ganz anders gestalten."

„Es ist wahr, es hat auf den ersten Blick etwas höchst Befremdendes, daß die Nutzung eines jeden noch so kleinen Baches, vorausgesetzt nur, daß dieser nicht im Sommer zu versiegen pflegt, jedermann freistehen soll. Aber wohl gemerkt, diese abstracte Befugniß hat erst dann wirklichen Inhalt, wenn die Zukömmlichkeit zu jenem Bache freisteht." Folglich wird in der That für ein Gewässer, das den Grundbesitz nur eines Einzigen oder doch nur Weniger berührt, die Befugniß des Gemeingebrauches gar nicht in Frage kommen, falls es nicht etwa von einem öffentlichen Wege oder Platze oder auch von einem größern Flusse aus zugänglich ist. „Es wird also auch ein solches Gewässer mehr oder minder einen privativen Charakter behaupten; [27]) und somit fehlte auch bei den Römern, mindestens für einen Andern, als den Anlieger, jede Veranlassung, eines der zum Schutze des Gemeingebrauchs aufgestellten Interdicte anzuwenden."

„Ohne also in die durch die Umstände begründeten Verschiedenheiten irgendwie störend und hindernd einzugreifen, hat das römische Recht hier die wirkliche Gestaltung der Verhältnisse dem Verkehre selbst überlassen. Aber nicht so, daß die Staatsgewalt dabei das bloße Zusehen gehabt

26) In der That ließ ein angesehener Landesökonomie-Beamter in Hannover mir mittheilen, er ersehe aus meiner Darlegung mit freudigem Erstaunen, wie verständige Leute die alten Römer gewesen seien.

27) Vgl. oben Ziffer 5 S. 451 f.

hätte. Nein, gerade darin liegt m. E. der große Vorzug der römischen Vorschriften, daß auf der Grundlage einer scharfen Begriffsbestimmung, die nie Zweifel aufkommen läßt, der Obrigkeit jederzeit das Einschreiten offengehalten bleibt, wo das öffentliche Interesse, das allgemeine Beste ein solches erheischt. Insbesondere beruht die billige Vertheilung der Wassernutzung unter die Anlieger durchaus in den Händen der Obrigkeit. Ein Rechtsmittel hierauf giebt es nicht," soweit nicht etwa Privileg oder unvordenkliche Verjährung ein wohlerworbenes Privatrecht auf den Gebrauch begründet hat.[28]) Vor allem aber ist es nur dann möglich, auch die größeren Wasserzüge vor Einwirkungen zu schützen, welche das Gemeinwohl gefährden, wenn der Obrigkeit die Befugniß zusteht, mit Rücksicht eben auf das Gemeinwohl ein diesem nachtheiliges Gebahren selbst am kleinsten Zuflusse eines solchen Wasserzuges zu verhüten. Das von Labeo in l. 1 §. 12 h. t. vorgeschlagene interdictum utile vermag allerdings die Beseitigung von Veränderungen an einem nicht schiffbaren flumen publicum zu bewirken, welche die Schiffbarkeit eines größern Flusses beeinträchtigen. Nun aber erwächst nicht selten eine solche Beeinträchtigung erst daraus, daß an einer größern Anzahl von Zuflüssen Veränderungen eingetreten sind, deren jede für sich nicht nur jene nachtheilige Folge noch nicht haben würde, vielmehr in andrer Weise unverkennbar dem Gemeinwohle dient. In solchen Fällen würde jenes Interdict vielleicht alle diese Veränderungen der einzelnen Zuflüsse beseitigen, damit aber auch die mit ihnen verbundenen Vortheile völlig verhindern, — während es doch für das gemeine Beste darauf ankäme, eine vermittelnde Weise zu finden, welche einerseits die nachtheiligen Folgen der Veränderungen vermeidet, anderseits ihre Vortheile thunlichst festhält. Das aber läßt

28) S. oben zu N. 14 f.

ſich nur durch die verſtändige Thätigkeit einer Verwaltungsbehörde erreichen. Und vergegenwärtigen wir uns vollends die ſchweren Schäden, welche durch Einleiten der Flüſſigkeiten aus den ſ. g. Flachsröſten oder aus Fabriken in kleine Bäche auf weite Entfernungen entſtehen können, ſo begreifen wir, daß die Abwehr gegen dergleichen nicht füglich dem Einſchreiten der nachweisbar dadurch Geſchädigten im Civilwege überlaſſen bleiben darf, — um ſo weniger, wenn man mit dem römiſchen Rechte dieſen Weg nur zum Schutze eines Privatrechtes gewährt, nicht auch zum Schutze des Gemeingebrauchs.[29]) Auch hier iſt nur die Verwaltungsbehörde, und zwar als Polizeibehörde, imſtande, wirkſam zu helfen.[30])

„Bei dieſem Sachverhalte will ich es keineswegs verkennen, daß die ſtete Möglichkeit eines Einſchreitens einen Einfluß in die Hand der Obrigkeit legt, der freilich bisweilen indiscret genug ausgeübt werden mag. Allein, wenn irgendwo, ſo iſt gerade bei der Feſtſtellung von Waſſerverhältniſſen eine einheitliche oberſte Leitung durchaus unentbehrlich, ſollen dieſe Verhältniſſe überhaupt zu Heil und Segen der Geſammtheit arten. Und um ſolchen Preis, dünkt mich, darf man ſich eine weitgehende discretionäre Gewalt der Obrigkeiten ſchon gefallen laſſen."

Uebrigens glaube ich, auch das nicht verſchweigen zu ſollen, was mir bei Beſprechung meines Aufſatzes ein hervorragend tüchtiger Praktiker über dieſen Punct ſchrieb, und was, obſchon von hannoverſchen Zuſtänden vor etwa 30

29) Vgl. unten Ziffer 7 nach N. 84 vgl. nach N. 82.

30) Vgl. das preußiſche Geſetz über die Benutzung der Privatflüſſe vom 28. Febr. 1843 §§. 3—6. S. auch Allerh. Kabinetsordre, die Verhütung der Verunreinigung der ſchiff- und floßbaren Flüſſe und Kanäle betr. v. 24. Febr. 1816.

Jahren gesagt, wohl auch anderswo und heute noch nicht ganz unrichtig erscheint.

„Soll von den Verwaltungsbehörden mit Nutzen in diesen Sachen gearbeitet werden, so ist dazu erforderlich: Interesse für die Sache, ein prompter Geschäftsgang, eine gewisse Natürlichkeit der Auffassung und das, was man gewöhnlich savoir-faire nennt. Mit diesen Dingen ist es nun aber keineswegs überall zum Besten bestellt."

„Die vielen Versetzungen lassen die Leute manchmal kaum zu Athem kommen, geschweige da warm werden, wo sie sitzen; und daß sie dort länger bleiben, wissen sie nicht. Woher soll also das Interesse für die Sache kommen, als etwa im spätern Alter, wo man die eigentliche Arbeit den jüngeren Beamten überläßt?"

„Mit dem Geschäftsgange ist es manchmal auch nicht weither; mir sind Fälle genug bekannt, daß Verfügungen wochenlang in den Schreibstuben liegen, davon gar nicht zu sprechen, wie lange die Verfügungen manchmal, besonders in Sachen dieser Art, auf sich warten lassen."

„Die Natürlichkeit der Auffassung kann doch in der Regel nur aus einer fortlaufenden praktischen Beschäftigung entstehen. Wenn sie aber auch in erster Instanz vorhanden ist, was wird bei den Landdrosteien daraus, die an Formalismus der Behandlungsweise ihres Gleichen suchen?"

„Von dem savoir-faire wollen wir nun lieber gar nicht sprechen."

7. Bevor wir zur Besprechung der einzelnen Interdicte schreiten, welche zum Schutze des Gemeingebrauches dienen, scheint es zweckmäßig, in diesem Zusammenhange zu prüfen, wie weit überhaupt das römische Wasserrecht bei uns zur Anwendung gelangt ist.

Daß die besondere Behandlung der alluvio, der insula in flumine nata und des alveus derelictus bei agri limitati, welche mit den letzteren selbst schon zu Justi-

nians Zeit eine wenig erhebliche Ausnahme bildete, [31]) in Deutſchland überhaupt keinen Boden gefunden hat, das haben wir bereits geſehen. [32]) Bei uns kommt demnach ausſchließlich derjenige Erwerb durch Veränderung des Waſſerlaufes in Frage, den das römiſche Recht für agri arcifinales angeordnet hat.

In Deutſchland war nach den Rechtsbüchern des 13. Jahrhunderts jedenfalls an größeren Flüſſen Waſſerfahrt und Fiſcherei jedermann erlaubt, [33]) während, wie es ſcheint, an kleineren Flüſſen und an Bächen die Fiſcherei [34]) und

31) S. oben Ziffer 3 S. 374 f.

32) S. oben Ziffer 3 S. 365. Vgl. noch Burchardi in Zeitſchrift für Reichs- und Landesrecht Bd. 1 S. 133 ff. unter II.

33) Sachſenſpiegel II, 28, 4: Svelk water strames vlüt, dat is gemene to varene unde to vischene inne. Die vischere mut ok wol dat erdrike nütten, also vern alse he enes (einmal) gestriden (ſchreiten) mach ut deme scepe *von deme rechten stade.* Deutſchenſpiegel c. 138: Isleich wazzer strames fluz daz is gemaine ze varn und ze vischen dar inne. Schwabenſpiegel (v. Laßberg) c. 197 §. 2: (Kraut Grundriß 6. Aufl. §. 90 Nr. 5) Jegeliches wazzers rames fluz ist gemeine ze varenne und ze vischenne. die vischer suln ouch nüt doz wazzer niessen, wan alse verre, so si einest mit dem netze gestrichen mugen uz dem schiffe.

34) Sachſenſp. II, 28, 1: Sve so holt houwet, oder gras snit, oder vischet in enes anderen mannes watere an wilder wage, sin wandel dat sint dre schillinge; den scaden gilt he uppe recht. Die Gloſſe zum Sachſenſpiegel ſagt: Wilde wage hetet water, dat sik beweget van deme winde unde nicht anders. dat vornym: dar nen strom en is, de de vische uth und in drecht, und dar de vischegang vry sy, alse in den seen; und danach wird unter „Waſſer in wilder Woge" im Gegenſatze zu diken, die gegraven sin, von denen Sſp.

wohl auch die Benutzung der Triebkraft ein Privatrecht bildete.

Die Fischerei in manchen größeren Flüssen war zwar schon in früherer Zeit von den deutschen Königen als ausschließliches Recht in Anspruch genommen,[35]) und Kaiser Friedrich I. zählt in der Constitutio de regalibus v.

a. a. O. §. 2 handelt, indem er die Buße für verbotenes Fischen auf 30 Schillinge setzt, oft das Wasser in natürlichen Seen und Weihern, auch in s. g. Altwassern verstanden (so z. B. Schwab a. a. O. S. 16; Börner a. a. O. S. 364 N. 6; Heimbach im Rechtslexikon Bd. 14 S. 110. Ssp. II, 28, 4), und die in N. 33 angeführten Stellen werden dann auf jedes fließende Gewässer bezogen. Hierbei aber würde das Wort „strames" ganz bedeutungslos sein. Stobbe Handbuch des Deutschen Privatrechts Bd. 1 §. 64 S. 436 N. 7. Und wenn das Görlitzer Landrecht c. 34 §. 1 (Kraut Grundriß 6. Aufl. §. 89 Nr. 4) sagt: Jegelich vlizinde wazzir heizet des riches straze, so beweiset das schwerlich etwas für jene Ansicht; es erhellt vielmehr unmittelbar aus dieser Bezeichnung und aus der an dieselbe geknüpften Folgerung: dar umme ne suln die schif und alliz, daz in deme wazzir uf unde nidir vliuzet, ne heinen zoln gebin —, daß hier nur von schiff- und flößbaren Wasserzügen die Rede ist. Endlich werden fließende Gewässer oder deren Nutzungen vielfach als Zubehörungen des Grundbesitzes bezeichnet, z. B. Urkunde Ludwigs des Deutschen für Herford v. 868 (Kraut Grdr. 6. Aufl. §. 87 Nr. 5a), Urk. v. 888 (das. §. 92 Nr. 2), Urk. Heinrichs IV. für Minden v. 1063 (das. §. 90 Nr. 3). Beseler System des gemeinen deutschen Privatrechts §. 200 Nr. 2.

35) S. z. B. Urkunden Karls des Kahlen v. 859 und 867 (Kraut §. 91 Nr. 1a und b), Ottos des Großen v. 949 für Utrecht (das. Nr. 3), Ottos III. v. 994 (das. Nr. 4).

J. 1158 [36]) für die Lombardei unter den Regalien auf: flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia, portus, ripatica, vectigalia, quae vulgo dicuntur telonia, — piscationum reditus. Allein laut der Rechtsbücher waren dieſe Anſprüche wenigſtens nicht als allgemeines Recht anerkannt. Mit dem longobardiſchen Lehnrechte der libri feudorum jedoch, in welche die erwähnte Conſtitution von 1158 aufgenommen worden war, iſt auch die Regalität der ſchiffbaren Flüſſe in vielen Gegenden Deutſchlands zur Herrſchaft gelangt. [37]) Sie äußert ſich in dem Rechte, von Schifffahrt und Flößerei Abgaben zu erheben, [38]) Brücken und Fähren anzulegen, [39]) die Anlegung von Mühlen zu geſtatten [40]), und in dem ausſchließlichen Rechte der Fiſcherei, [41])— iſt übrigens in jedem dieſer Puncte örtlich mannichfach beſchränkt. Als Ausfluß der Regalität iſt auch der Erwerb des Eigenthums für den Staat an der insula in flumine nata zu betrachten, der, für einen einzelnen Fluß, wahrſcheinlich den Rhein, ſchon weit früher anerkannt, [42]) in dem Urtheile eines von König Adolf i. J. 1294 gehaltenen Reichsgerichtes allgemein ausgeſprochen wird, [43])

36) Feud. II, 56. Vgl. dazu Burchardi a. a. O. S. 116 ff.
37) Stobbe a. a. O. §. 64 unter IV. 1 S. 441 f.
38) Beſeler a. a. O. §. 200 unter II.
39) Daſ. unter V. Stobbe a. a. O. unter IV. 3 S. 443.
40) Stobbe a. a. O. unter IV. 2 S. 442. v. Gerber Syſtem des Deutſchen Privatrechts §. 63 zu N. 9. A. M. Beſeler a. a. O. unter VI.
41) Stobbe a. a. O. unter IV. 1; Beſeler a. a. O. unter VII; v. Gerber a. a. O. §. 94.
42) Auszug einer Urkunde v. J. 1148 in Bodmann rheingauiſche Alterthümer S. 604: per generalem sententiam adiudicata est (insula in confinio illorum de Buthenheim) ipsi Archiepiscopo eo, quod omnes insulas ipse habeat ab Imperio.
43) Pertz Monumenta Germaniae historica Leges tom. II

während der Sachſenſpiegel die Inſel demjenigen Uferanlieger zuweiſet, deſſen Ufer ſie näher iſt, als dem Ufer des andern, und die in der Mitte des Fluſſes entſtandene Inſel wie den alveus relictus zwiſchen den Anliegern beider Ufer theilt. [44]) Auch in dieſem Puncte jedoch iſt die Regalität nicht zu allgemeiner Geltung gelangt, jedenfalls nicht darin geblieben. [45])

p. 461: Nos Adolphus, Dei gratia Romanorum rex semper augustus, recognoscimus per praesentes, quod nobis anno Domini 1293 (1294 *leg.*) in die beatorum Tiburtii et Valeriani martyrum, in generali curia apud Nuremberg pro tribunali sedentibus, ad requisitionem spectabilis viri Reinaldi, comitis Gelrensis, per communem principum sententiam est obtentum: 1. Quod si insula nata est in Rheno vel alio flumine, in comitatu alicuius comitis, qui in ipso flumine recipit telonia et conductus, habetque comitatum eundem, telonia et conductum ab imperio in flumine predicto, eadem insula potius spectat ad imperium et ad ipsum comitem, quam ad alium dominum, cuius districtus protenditur ad ripam fluminis prelibati etc.

44) Sſp. II, 56, 3: Svelk werder sik ok irhevet binnen dem vliete, svelkeme stade he nar is, to dem stade hort die werder; is he vormiddes, he hort to beiden staden. Dat selve dut die agang (d. i. Waſſerlauf, alveus), of he verdroget. Daß dieſer Satz ſich nicht auf den Eigenthumserwerb beziehe, ſondern auf den Erwerb der Landeshoheit, wie manchmal behauptet worden, iſt ebenſo grundlos, wie die Behauptung, er ſei dem römiſchen Rechte entlehnt. Zirndorfer Zeitſchrift der Savigny-Stiftung Bd. 4 roman. Abth. S. 240 ff.

45) S. die Ausführungen Burchardis a. a. O. S. 127—133 und Zirndorfers a. a. O. §§. 4—8 S. 239—251. Stobbe a. a. O. Bd. 2 §. 91 N. 12 a. E. S. 150 f. Beſeler a. a. O. §. 200 unter IV zu N. 13. v. Gerber a. a. O. §. 99. — Burchardi a. a. O. S. 139—147

Umgekehrt hat ſich gegenüber dem römiſchen Rechte, welches an allen perennirenden fließenden Gewäſſern rechtlich dem Gemeingebrauche ſtattgiebt, an vielen kleinen Gewäſſern eine Benutzung der Anlieger kraft Privatrechts erhalten. [45a])

Die Gewäſſer, deren Benutzung rechtlich keine allgemeine iſt, ſondern auf Grund eines Privatrechts geſchieht, zerfallen wiederum in zwei Claſſen.

Die eine dieſer Claſſen bilden diejenigen Gewäſſer, deren Benutzung rechtlich nur einem Einzigen zuſteht. Es ſind dies namentlich ſolche, welche von ihrer Quelle bis zu ihrer Mündung in ein größeres Gewäſſer den Grundbeſitz nur eines Einzigen durchfließen. Dann können dahin auch ſolche gehören, deren ausſchließliche Benutzung ein Einzelner kraft Privilegs oder unvordenklicher Verjährung oder auch infolge der Abfindung ſämmtlicher ehemals daran Berechtigten erworben hat. [46]) Der allein zur Waſſernutzung Berechtigte darf dieſe auch ſo vornehmen, daß er die ganze Waſſermenge verbraucht, z. B. zwecks Berieſelung ſeiner Wieſen und Felder, zwecks eines Dampfbetriebes oder wie immer. Daß es gleichwohl nicht richtig iſt, von ſeinem

ſtellt die particularen Abweichungen zuſammen, welche das römiſche Recht hinſichtlich des Inſelerwerbes in Deutſchland erlitten hat. — Römiſches Recht wird angewandt in den Urtheilen bei Seuffert Arch. Bd. 9 Nr. 8 (OAG. Celle 1844); Bd. 24 Nr. 189 (OAG. Lübeck 1868 in einer bremiſchen Sache); Bd. 26 Nr. 221 (OAG. Berlin 1872 in einer holſteiniſchen Sache).

45a) Beſeler a. a. O. §. 200 unter B., wo N. 27 Literatur angegeben iſt.

46) v. Bülow und Hagemann practiſche Erörterungen Bd. 1. III. Erörterung §. 5 S. 56 f. André a. a. O. S. 74.

Privateigenthume am Gewässer zu reden, ergiebt sich nach dem oben Gesagten [47]) von selbst.

Anderseits aber geht der Inhalt seines Rechtes über den Inhalt der iura in re aliena unverkennbar insofern weit hinaus, als dasselbe, wie erwähnt, auch die Befugniß zum völligen Verbrauche des Wassers gewährt; und als Prädialservitut, die einzige Art der den Römern bekannten dinglichen Rechte, an die man etwa denken möchte, läßt es sich schon deshalb nicht wohl auffassen, weil der Berechtigte es ganz oder zu einem Stücke einem Nachbarn übertragen kann. Wir haben in ihm somit ein eigenartiges Nutzungsrecht anzuerkennen.

Die zweite Classe bilden die s. g. gemeinschaftlichen Gewässer, d. h. solche, welche die Grundstücke Mehrerer [48]) berührend rechtlich der gemeinschaftlichen Benutzung der Anlieger unterliegen. [49]) Die Art und das Maß dieser Be-

47) Ziffer 2 S. 344 ff.

48) Zu diesen kann recht wohl z. B. das Domanium gehören. Wenn v. Bülow und Hagemann a. a. O. S. 57 von Grundstücken „mehrerer Privatpersonen" reden, so haben sie einen solchen Fall schwerlich ausschließen wollen. S. auch das. XII. Erörterung. S. 95 f.

49) v. Bülow und Hagemann a. a. O. §. 57 f. — Hier werden zu den gemeinschaftlichen Gewässern auch solche gerechnet, welche „auf gemeinschaftlichem Grund und Boden entspringen". Dies ist richtig, sofern unter gemeinschaftlichem Grunde und Boden die ungetheilte Mark verstanden wird, sei es diejenige einer einzelnen Gemeinde, sei es diejenige mehrerer Gemeinden, und vorausgesetzt weiter, daß sämmtlichen Mitgliedern der betheiligten Gemeinde oder doch den Angehörigen einzelner Classen derselben ein Privatrecht auf die Benutzung des Gewässers zusteht. Infolge der alten Flurgemeinschaft bei dorfweis erfolgter Ansiedlung gilt das Gleiche aber auch für solche Gewässer, die auf dem einem Dorfgenossen zur

nutzung pflegen durch unvordenklichen Besitzstand oder durch Vereinbarung festgestellt zu sein. „Nach den allgemeinen, bei jeder Gemeinschaft zur Anwendung kommenden Rechtsgrundsätzen ist es auch hier keinem der Miteigenthümer [50]) verstattet, von dem ihm nur theilweise zugehörigen Wasser, selbst auf seinem eigenen Grund und Boden, einen solchen neuen oder übermäßigen Gebrauch zu machen, wodurch das Mitbenutzungsrecht der übrigen Interessenten entweder geschmälert oder wohl gar gänzlich aufgehoben wird." [50a])

Bestellung überwiesenen Pfluglande entspringen oder derartiges Land auch nur berühren: wie die Weide auf Stoppel und Brache, so steht auch die Wassernutzung nicht dem einzelnen Bauern zu, sondern der Gesammtheit der Genossen, — möglicherweise übrigens, wenigstens in gewisser Hinsicht, z. B. auf Fischerei und Krebsfang, dem Grundherrn der Gemeinde. Vgl. Bluntschli deutsches Privatrecht §. 75 unter 2 Nr. 3); Heimbach in Weiskes Rechtslexikon Bd. 14 S. 187; L. Stein in Haimerls österreichischer Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft Bd. 18 (1866) S. 246. — Sollten dagegen v. Bülow und Hagemann unter dem „gemeinschaftlichen Grund und Boden" nichts weiter verstehen, als gewöhnliches Miteigenthum pro partibus indivisis, so würde, wo es sich um ein ausschließliches Benutzungsrecht der Miteigenthümer des Quellgrundstücks handelt, ein Privatgewässer der ersten Classe vorliegen. Sofern aber neben jenen Eigenthümern noch andere Anlieger rechtlich an der Nutzung theilnehmen, hat das Verhältniß vor den übrigen Fällen der zweiten Classe keine weitere Besonderheit als diejenige, daß die Miteigenthümer sich unter einander über die Benutzung des auf ihr gemeinsames Grundstück kommenden Nutzungsantheiles einigen müssen.

50) Richtiger: Nutzungsberechtigten. Vgl. Bluntschli a. a. O. §. 75 unter 3. S. unten zu N. 54.

50a) v. Bülow und Hagemann a. a. O. S. 57 f.

„Bei ſolchen kleineren Gewäſſern iſt dann die Regel die, daß Jeder, deſſen Grundſtücke ſie berühren, das Waſſer gebrauchen darf; er muß es dann aber unterhalb ſeiner Grundſtücke wieder zurückbringen und, wenn dieſes unthunlich iſt, oder überhaupt nicht alle ohne Einſchränkung theilnehmen können, muß der Gebrauch des Waſſers, ſoweit nicht der eine oder der andere Eigenthümer beſondere Rechte hergebracht hat, in der Weiſe vertheilt werden, daß Jedem ein verhältnißmäßiger Theil zugute kommt. Das iſt dann Sache der Gerichte, und dieſe können wegen der geringeren Ausdehnung der Gewäſſer ſolche Sachen auch erledigen, obſchon es bekannt iſt, daß Waſſerproceſſe langwierig und koſtſpielig zu ſein pflegen. Es geht aber doch.“ [51]) Die Klage, auf welche hin jene gerichtliche Regulirung des Gebrauches erfolgt, iſt eine actio communi dividundo utilis. [52])

Hiernach iſt für ſ. g. gemeinſchaftliche Gewäſſer auch die Frage zu entſcheiden, ob der Eigenthümer des Grundſtücks, auf dem die Quelle eines ſolchen Gewäſſers entſpringt, deren Waſſer für ſich verbrauchen, behalten oder anderweit ableiten dürfe: es ſollte nicht bezweifelt werden, daß dergleichen ſchlechthin unzuläſſig iſt, denn die Quelle gehört eben mit zum Fluſſe. [52a]) Dem gegenüber darf man

51) André a. a. O. S. 74 f. — Urtheile in ſolchen Sachen bei v. Bülow und Hagemann a. a. O. Bd. 1 IV. Erörterung S. 61 ff. (OAG. Celle 1793); Seufferts Arch. Bd. 3 Nr. 149 (OT. Stuttgart 1849); Bd. 5 Nr. 140 (OAG. München 1848); Bd. 9 Nr. 259 (OAG. Celle 1840); Bd. 10 Nr. 8 (OT. Berlin 1854); Bd. 21 Nr. 201 (OAG. Caſſel 1867); Bd. 27 Nr. 204 (OAG. Roſtock 1865); Entſcheidungen des Reichsgerichts Bd. 29 Nr. 37 S. 144 ff. (3. Civilſenat 1892. S. unten nach N. 66).

52) Vgl. l. 4 D. de aq. cott. 43, 20.

52a) So ſtellt denn auch das preuß. Geſ. über die Benutzung

ſich auch nicht berufen auf mehrere Ausſprüche des römiſchen Rechtes, welche dem Eigenthümer die freie Verfügung über die auf ſeinem Grundſtücke entſpringende Quelle ſoweit gewähren, als ihn nicht etwa ſervitutiſche Rechte Dritter in jener Verfügung beſchränken.[53]) Denn, ganz abgeſehen davon, daß den Römern gemeinſchaftliche Flüſſe im rechtlichen Sinne ganz fremd waren, redet keine einzige jener Stellen von der Quelle eines Fluſſes überhaupt; vielmehr beziehen ſie alle ſich auf ſolche Quellen, deren Waſſer von dem Quellgrundſtücke entweder gar nicht abläuft oder ohne beſtimmtes Bette.[53a])

der Privatflüſſe v. 28 Febr. 1843 §. 1 die Quellen zu den Privatflüſſen (ſ. unten N. 62a).

53) L. 6 (oben S. 155 N. 94), l. 10 Cod. de serv. et aq. 3, 34; l. 2 §. 13 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (oben S. 239); l. 1 §§. 11 und 21 D. de a. et a. pl. 39, 3; l. 11 pr. D. quod vi 43, 24. — Gar nicht hierher gehört l. 7 Cod. de serv. et aq. 3, 34 (ſ. oben S. 154), die von der Privatbenutzung einer öffentlichen Waſſerleitung zu verſtehen iſt (oben S. 155), und l. 2 Cod. de leg. Aquil. 3, 35, welche ſich auf die unbefugte Veränderung an einem fremden Grundſtücke zwecks Ableitung von Waſſer aus einer fremden Quelle oder Waſſerleitung bezieht. Vgl. Funke im Arch. für die Civil. Prax. Bd. 12 S. 291 ff.

53a) Richtig v. Bülow und Hagemann a. a. O. S. 58 f., Hagemann Handbuch des Landwirthſchaftsrechts §. 143 S. 245 zu N. 1; Funke a. a. O. S. 287 ff. Entſch. des Reichsgerichts Bd. 16 S. 230 (5. Civilſen. 1886); Bd. 27 S. 329. Irrig Geſterding im Arch. für die Civ. Prax. Bd. 3 S. 63 ff.; v. Holzſchuher Theorie und Caſuiſtik des gemeinen Civilrechts 3. Aufl. beſ. v. Kuntze Bd. II §. 92 Abſchn. I zu Fr. 1 S. 109 ff.; Seufferts Arch. Bd. 21 Nr. 12 (OT. Stuttgart 1865); Bd. 22 Nr. 11 (daſſ. 1865); Bd. 34 Nr. 92 (Oberſter Gerichtshof für Bayern 1878).

Auch das Recht des einzelnen Nutzungsberechtigten an einem gemeinschaftlichen Gewässer darf gemäß unseren früheren Ausführungen [54]) selbstverständlich nicht als Eigenthum aufgefaßt werden: es ist vielmehr, gerade wie das kraft gehöriger Verleihung oder kraft unvordenklicher Verjährung begründete Nutzungsrecht an einem dem Gemeingebrauche unterliegenden Flusse, [54a]) eine Servitut, — und zwar da, wo sie mit dem Eigenthume eines Einzelnen an einem anliegenden Grundstücke verbunden ist, eine Prädialservitut; eine Personalservitut dagegen, wenn sie einer Gemeinde an dem ihre Feldmark durchfließenden Gewässer zur Benutzung für ihre Angehörigen zusteht, und letzteres selbst dann, wenn das berechtigte Subject die Realgemeinde ist. [55]) Demgemäß ist die Klage, womit der Berechtigte Eingriffe in sein Nutzungsrecht abwehrt, nicht die Eigenthumsklage, d. h. die negatoria; [56]) es ist vielmehr die confessoria actio. Auch diese Klage setzt ebenso wenig wie jene den Nachweis voraus, daß der unbefugte Eingriff, der sie veranlaßt, dem Kläger einen Schaden zugefügt habe; [57]) umgekehrt liegt auch ein unbefugter Eingriff in die Servitut der Wasser-

54) Ziffer 2 S. 346.

54a) S. oben Tit. 7 Ziffer 11 S. 162 zu N. 4.

55) S. oben N. 49 und Tit. 7 Ziffer 10 S. 130 ff.

56) Wie sie bezeichnet ist in den Erkenntnissen des Reichsgerichtes (5. Civilsenat) in Gruchot Beiträge Bd. 27 S. 179 ff. (1882) und Bd. 29 S. 873 ff. (1884) und Entsch. Bd. 16 Nr. 41 S. 179 ff. (1886), Bd. 21 Nr. 55 S. 298 und S. 302 f. (1888). Uebrigens erkennt die dritte der hier angeführten Entscheidungen an, daß das in ihr angenommene Eigenthum am Privatflusse sich beschränkt auf das Eigenthum am Bette und eine gewisse Verfügungsbefugniß über den vom vorüberfließenden Wasser eingenommenen Raum und über das jeweilig vorüberfließende Wasser selbst.

57) Vgl. Entsch. des Reichsger. Bd. 16 S. 179.

nutzung nicht vor, wenn die Handlung des Gegners das Maß deſſen nicht überſchreitet, was an dem der Servitut unterliegenden Gewäſſer regelmäßig und gemeinüblich iſt. [58]) In der That hat das Reichsgericht ſelbſt anerkannt, daß es ſich bei der Nutzung eines Privatfluſſes nicht um die Ausübung des Eigenthums handelt, ſondern um die Nutzung eines andern Rechtes. Es hat nämlich dieſe Ausübung nicht als Eigenthumsbeſitz geſchützt, ſondern als Rechtsbeſitz, indem es dafür ruhige und ungeſtörte Ausübung in dem kritiſchen Jahre forderte. [59])

Infolge der geſchilderten Entwickelung beſtimmt das deutſche Recht den Begriff eines öffentlichen Fluſſes weſentlich anders, als das römiſche Recht. Beruht dieſer Begriff bei den Römern darauf, daß bei ihnen alle perennirenden fließenden Gewäſſer dem Gemeingebrauche unterliegen, ſo iſt er in Deutſchland anfangs auf die Regalität gewiſſer Waſſernutzungen gebaut: als usus publicus galt der usus fiscalis. Da nun aber die Regalität im ganzen auf ſchiffbare Flüſſe beſchränkt geblieben iſt, ſo ſind darum eben dieſe als öffentliche Flüſſe bezeichnet. [59a]) Das iſt noch der Ausgangspunct des preußiſchen Landrechtes: öffentlich ſind nach ihm alle von Natur ſchiffbaren Ströme. [60]) Dem gegenwärtigen Standpuncte des Staatsrechtes entſpricht es beſſer, die Gewäſſer nicht ſowohl nach ihrer fiscaliſchen Nutzbarkeit zu unterſcheiden, als vielmehr nach ihrer Bedeutung für die Volkswirthſchaft. So geht das bayeriſche Geſetz v. 28. Mai 1852, die Benützung des Waſſers betr., davon aus, daß die öffentlichen Gewäſſer ein zur allgemeinen Benützung beſtimmtes Staatsgut bilden, [61])

58) Vgl. Entſch. des Reichsger. Bd. 21 S. 301 unter II.
59) Entſch. Bd. 27 Nr. 81 S. 330.
59a) Vgl. Stein a. a. O. S. 247 f.
60) Thl. II Tit. 15 §. 38.
61) Art. 1.

und erklärt demgemäß die Flüsse soweit für öffentlich, als sie zur Schifffahrt oder zur Floßfahrt mit gebundenen Flößen dienen. [62])

Im Gegensatze zu diesen Begriffsbestimmungen der öffentlichen Flüsse sind nach dem Landrechte alle nicht schiffbaren Flüsse, nach dem bayrischen Gesetze alle nicht der Schiff- oder Floßfahrt dienenden Flüsse und Flußstrecken Privatflüsse.

Uebrigens können Flüsse, die hiernach Privatflüsse sind, dies auch insofern sein, als ihren Anliegern ein Privatrecht auf ihre Benützung zusteht. [62a])

62) Art. 2.

62a) So ist es in Preußen nach dem Gesetze über die Benutzung der Privatflüsse v. 28. Febr. 1843. §. 1: „Jeder Uferbesitzer an Privatflüssen (Quellen, Bächen oder Fließen, sowie Seen, welche einen Abfluß haben) ist, sofern nicht Jemand das ausschließliche Eigenthum des Flusses hat, oder Provinzialgesetze, Lokalstatuten oder spezielle Rechtstitel eine Ausnahme begründen, berechtigt, das an seinem Grundstück vorüberfließende Wasser unter den in den §§. 13 u. f. enthaltenen näheren Bestimmungen zu seinem besondren Vortheile zu benutzen. Jedoch verbleibt es in Ansehung der Benutzung des Wassers zu Mühlen und anderen Triebwerken, sowie auch in Ansehung der Fischerei-Berechtigung und der Vorfluth bei den bestehenden gesetzlichen Vorschriften, soweit diese durch gegenwärtiges Gesetz nicht ausdrücklich abgeändert sind." Aehnlich das bayr. Ges. v. 28. Mai 1852 die Benützung des Wassers betr. Art. 39: „Flüsse und Bäche, welche weder zur Schifffahrt noch zur Floßfahrt mit gebundenen Flößen dienen, werden mit Inbegriff des bestehenden Gefälles als Zubehör der Grundstücke betrachtet, zwischen welchen sie hindurchfließen, nach Maßgabe der Uferlänge eines jeden Grundstücks. Der Ufereigenthümer darf jedoch das Wasser nur mit Rücksicht auf die Rechte der

Geht man umgekehrt davon aus, als Privatflüsse alle diejenigen perennirenden fließenden Gewässer zu bezeichnen, deren Anliegern ohne Rücksicht auf den Gemeingebrauch ein Privatrecht auf die Wassernutzung zusteht, so muß man im Gegensatze dazu unter öffentlichen Flüssen auch diejenigen

übrigen Ufereigenthümer und der sonstigen Wasserberechtigten und unter den nachfolgenden Beschränkungen benützen. Gehören die Ufer verschiedenen Eigenthümern, so bildet die durch die Mitte des Flusses nach Maßgabe des mittleren Wasserstandes gezogene Linie die Eigenthumsgrenze, soweit diese Grenze nicht bereits in anderer Art festgesetzt ist." (Aehnlich §. 14 des preuß. Gesetzes.) Art. 54: „Soferne nicht Lokalverordnungen, Herkommen, besondere Rechtstitel oder Verjährung eine Ausnahme begründen, und unbeschadet der Bestimmungen der Art. 39 und 40 (Art. 40 hält die bei Einführung des Gesetzes bestehenden Privatrechte des Staates und dritter Personen an den nicht zur Schiff- oder Floßfahrt dienenden Flüsse und Bäche aufrecht) ist jeder Ufereigenthümer berechtigt, das an seinem Grundstücke vorüberfließende Wasser zu jedem beliebigen Gebrauche zu benützen unter der Beschränkung: 1) daß kein einem andern schädlicher Rückstau und keine Ueberschwemmung oder Versumpfung fremder Grundstücke verursacht werden darf; 2) daß dem Wasser der Abfluß in das ursprüngliche Bett des Flusses gegeben werden muß, bevor dieser das Ufer eines fremden Grundstückes berührt. (Uebereinstimmend das preuß. Ges. §. 13 Abs. 1.) Zu einer Abweichung von dieser Bestimmung kann nur dann durch die Verwaltungsbehörde die Ermächtigung ertheilt werden, wenn durch die Ableitung des Wassers andern Betheiligten kein Nachtheil verursacht wird. Sind die Eigenthümer mehrerer an einander gränzender Uferstücke über eine Anlage oder Wasserbenützung einverstanden, so werden diese Grundstücke bei Anwendung der vorstehenden Beschränkungen als ein einziges Grundstück betrachtet." (Uebereinstimmend das preuß. Ges. §. 13 Abs. 2.)

Flüsse begreifen, welche zwar nicht schiffbar sind, welche jedoch nicht dem Privatrechte der Anlieger unterliegen.

In einigen Gebieten endlich sind die Flüsse im Gesetze einzeln aufgezählt, welche, sei es in ihrem ganzen Laufe, sei es von gewissen Stellen an als öffentliche gelten sollen.[62b]) Möglicherweise gelten daneben auch die nicht mitaufgezählten unter bestimmten Voraussetzungen als öffentliche, z. B. wenn an ihnen das Mühlenregal zur Anwendung gelangen kann.[63])

Indessen kommt für den Rechtsschutz des Gemeingebrauches an fließenden Gewässern durch Interdicte selbstverständlich nur der römische Begriff des flumen publicum in Betracht. Soweit in gemeinrechtlichen Gebieten dieser Begriff noch rein vorliegt, d. h. soweit an einem perennirenden fließenden Gewässer weder Regalität noch private Nutzungsrechte der Anlieger bestehen, ist die fortdauernde Anwendbarkeit der für flumina publica bestimmten Interdicte nicht zweifelhaft. Dagegen fragt sich, ob diese Anwendbarkeit auch stattfinden könne einerseits neben der Regalität und anderseits neben dem Privatrechte der Anlieger auf die Wassernutzung. Die Antwort aber muß davon abhangen, ob und wie weit neben jenen Berechtigungen ein Gemeingebrauch statthaft ist. Mit der Entscheidung hierüber ist zugleich auch darüber entschieden, ob und wie weit, von besonderen Vorschriften abgesehen, die Verwaltungsbehörden zum Schutze des Gemeingebrauchs berufen sind.

Nun wird es kaum einem Zweifel unterliegen, daß

62b) Z. B. in Kurhessen. Kurhess. Verordnung v. 31. Dec. 1824 §. 7. Endemann das ländliche Wasserrecht S. 8. S. auch Beseler a. a. O. §. 200 N. 5.

63) So ebenfalls in Kurhessen. Kurhess. Mühlenordnung v. 29. Dec. 1820 §. 1; Verordn. v. 31. Dec. 1824 §§. 7, 8, 16. Endemann a. a. O.

ungeachtet der regalen Nutzungen ein schiffbarer Fluß soweit immer noch dem Gemeingebrauche unterliegt, als ein solcher neben jenen regalen Nutzungen thatsächlich möglich ist. [64]) Soweit eine hiernach noch statthafte Art des Gemeingebrauchs, namentlich z. B. die Schifffahrt, durch ein Interdict geschützt ist, steht also die Regalität anderer Nutzungsarten der Anwendbarkeit jenes Interdictes nicht entgegen. [64a]) Und nicht minder selbstverständlich liegt es ungeachtet der Regalität gewisser Nutzungsarten den Verwaltungsbehörden ob, das allgemeine Beste gegen ein demselben nachtheiliges Gebahren an schiffbaren Flüssen zu sichern. [64b])

64) Allg. preuß. LR. II, 15 §. 44: „Der Gebrauch des öffentlichen Flußwassers aus öffentlichen Strömen durch Schöpfen, Baden und Tränken ist einem Jeden unverwehrt." §. 47: „Die Schifffahrt auf solchen Flüssen ist, unter den vom Staate festgesetzten Bedingungen, einem Jeden erlaubt." §. 50: „Fähren und Prahmen zum eignen Gebrauche kann jeder Anwohner eines solchen Flusses halten." Vgl. §. 46: „Wasserleitungen dürfen aus öffentlichen Strömen, ohne besondere Erlaubniß des Staates, nicht geführt, noch Wasch- oder Badehäuser daran, ohne dergleichen Erlaubniß, angelegt werden." §. 49: „Unverbundenes Holz auf schiffbaren Strömen zu flößen, ist nach gemeinen Rechten ein Vorbehalt des Staats, und darf, ohne Vorwissen desselben, von Privatpersonen nicht unternommen werden." §. 51: „Das Recht aber, Fähren und Prahmen zur Ueberfetzung für Geld zu halten, gehört zu den Regalien des Staats." §. 52: „Neue Brücken über öffentliche Ströme darf Niemand, auch auf eignem Grund und Boden, ohne besondere Erlaubniß des Staats anlegen." §. 73: „Der Fischfang in öffentlichen Strömen gehört zu den Regalien."

64a) Endemann a. a. O. §. 7 S. 24 ff. §. 21 S. 31 ff.

64b) Endemann a. a. O. §. 7 a. E. S. 27.

Um so mehr muß beides da gelten, wo die öffentliche Natur eines Flusses im modernen Sinne auf der besondern Wichtigkeit beruht, welche seine Zweckbestimmung für den Gemeingebrauch besitzt.

Aber auch die Privatrechte der Anlieger schließen den Gemeingebrauch wenigstens grundsätzlich nicht völlig aus.[65]) Soweit er danach stattfindet, bleibt auch an einem Privatflusse im modernen Sinne Raum sowohl für seinen Rechtsschutz durch Interdicte, als für seine Sicherung durch Thätigkeit der Verwaltungsbehörde.

Wir können uns dies an einem Rechtsfalle veranschaulichen, der unlängst vom Reichsgerichte entschieden worden ist.[66])

Die Eigenthümer mehrerer in der Feldmark Edesse, Provinz Hannover, belegenen, Wiesen bewässerten dieselben aus einem öffentlichen Bache, dem Schwarzwasser, mittels einer Stauanlage. Oberhalb dieser Anlage betreibt seit einigen Jahren eine Actiengesellschaft die Gewinnung von Petroleum. Sie leitet das Abfallwasser in ein unmittelbar am Schwarzwasser belegenes Sammelbassin.

65) Vgl. preuß. Ges. über die Benutzung der Privatflüsse v. 28. Febr. 1843 §. 2: „Wo öffentliche Wege oder Plätze das Ufer eines Privatflusses bilden, ist der Gebrauch des Wassers zum Trinken und Schöpfen, sowie zum Tränken des Viehes einem Jeden gestattet, sofern es nach Entscheidung der Ortspolizeibehörde ohne Gefahr für die Beschädigung des Ufers geschehen kann." Bayr. Ges. v. 28. Mai 1852 Art. 53: „Der Gebrauch des Wassers der Privatflüsse und Bäche zum Baden, Waschen, Schöpfen mit Handgefäßen und Tränken, soweit derselbe ohne rechtswidrige Betretung des Privateigenthums geschehen kann, ist einem Jeden gestattet. Die Verwaltungsbehörde kann polizeiliche Anordnungen über diesen Gebrauch treffen."

66) Entsch. Bd. 29 Nr. 37 S. 144 ff. (3. Civilsen. 1892).

Letzteres aber reicht nicht aus, alles Abfallwasser aufzunehmen; und so geräth dieses unmittelbar in den Bach, dessen Wasser dadurch den Wiesen überaus schädlich wird. Die Eigenthümer der Wiesen erhoben deshalb Klage gegen die Actiengesellschaft. In erster Instanz wurde die Beklagte dem Klagantrage gemäß schuldig erkannt: „die Zuführung ihres Abfallwassers in das Schwarzwasser zu unterlassen und den den Klägern zugefügten Schaden zur Hälfte [67]) zu erstatten." Die zweite Instanz änderte dieses Urtheil dahin, daß die Beklagte schuldig sei: „sich jeder die an das Schwarzwasser grenzenden Wiesen der Kläger schädigenden Zuführung des Abfallwassers aus ihrem Petroleumbohrwerke bei einer Strafe von 1000 Mk. für jeden Zuwiderhandlungsfall zu enthalten." Das Reichsgericht endlich wies die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück, indem es ausführte, letzteres habe seine Stellung als Theilungsrichter verkannt, da es die Frage der Schädlichkeit einer Zuleitung in das Ermessen der Beklagten gestellt habe, statt seinerseits, nöthigenfalls durch Ausübung des richterlichen Fragerechtes und eventuell durch Einholung sachverständiger Gutachten von Amtswegen mit den erforderlichen Anhaltspuncten versehen, die Auseinandersetzung der Betheiligten mittels einer Theilung ihres Gebrauchrechtes am Schwarzwasser nach Zeit und Art der Ausübung vorzunehmen. Denn es erscheine nach der Natur der Sache und nach dem thatsächlichen Vorbringen beider Theile weder eine fortdauernde Berieselung der Wiesen der Kläger erforderlich und ausführbar, noch eine ständige Ableitung des Abfallwassers aus den am Schwarzwasser arbeitenden Petroleumwerken gebo-

67) Vermuthlich sind die Kläger Miteigenthümer der beeinträchtigten Wiesen zu gleichen Theilen, so daß jeder die Hälfte des Schadens erlitten hat.

ten; es ſtehe demnach einer Regelung der ſich widerſtreitenden Gebrauchsrechte der Betheiligten innerhalb der Grenzen ihres Bedarfes ſelbſt mit Berückſichtigung beſonderer Naturereigniſſe nichts entgegen.

Dieſes Erkenntniß, welches übrigens auch mit einem ältern Erkenntniſſe des nämlichen Senates hinſichtlich eines ganz gleichartigen Herganges an demſelben Gewäſſer [67a]) ſchwer vereinbar erſcheint, iſt freilich durchaus unhaltbar. Es handelte ſich, wie die Entſcheidungsgründe gleich denjenigen des frühern Urtheils ausdrücklich anerkennen, um einen öffentlichen Bach, nicht um ein ſ. g. gemeinſchaftliches Gewäſſer. Eben deshalb muß ſich die vom Reichsgerichte bezweckte Regelung des Gebrauches ungeachtet ihrer Umſtändlichkeit ſofort als zwecklos erweiſen, ſobald ein dritter Gebrauchsintereſſent auftreten ſollte. [68]) Würde doch das Urtheil ſogar dann, wenn das Schwarzwaſſer ein gemeinſchaftliches Gewäſſer wäre, nur unter der Vorausſetzung dauernde Wirkung haben können, daß die Parteien entweder die einzigen Gebrauchsberechtigten an jenem Bache ſind, oder doch die daran zuunterſt belegenen, folglich die Art ihrer Gebrauchsübung auf diejenige eines andern Gebrauchsberechtigten keinen nachtheiligen Einfluß hervorbringt.

Angenommen jedoch, dieſe Vorausſetzungen lägen vor, ſo ſcheint freilich auf den erſten Blick die Schlußfolgerung gerechtfertigt: dürfen die Gebrauchsberechtigten die ganze Waſſermenge des gemeinſchaftlichen Gewäſſers verbrauchen, [69])

67a) Entſch. Bd. 16 Nr. 31 S. 144 ff.

68) Vgl. oben Ziffer 6 S. 462.

69) Vgl. oben S. 479 nach N. 46. Das hier von dem einzigen Nutzungsberechtigten Geſagte darf auf eine Mehrheit von Berechtigten unter der Vorausſetzung angewandt werden, daß andere Berechtigte dadurch nicht verkürzt werden.

so dürfen sie dieselbe auch so verunreinigen, daß sie völlig unbrauchbar, ja schädlich wird.

Allein sicherlich ist dies nur dann zulässig, wenn das in solcher Weise verunreinigte Wasser unschädlich abgeführt oder sonst beseitigt wird: andernfalls setzt hier die Rücksicht auf das gemeine Beste ein. Uebt also das verunreinigte Wasser eines gemeinschaftlichen Privatflusses eine nachtheilige Einwirkung aus auf den größern, im Gemeingebrauche befindlichen, Fluß, in welchen jener Privatfluß mündet, so wird es zur Pflicht der zuständigen Verwaltungsbehörde, die Einleitung des verunreinigten Wassers zu verhüten. [70]) Daß jemand, dessen Privatrecht infolge der Verunreinigung des Wassers in einem Privatflusse verletzt wird, z. B. der Eigenthümer einer Wiese, deren Graswuchs durch Ueberschwemmung mit diesem Wasser leidet, oder der Fischerei-

70) Vgl. preuß. Ges. über die Benutzung der Privatflüsse v. 28. Febr. 1843 §. 3: „Das zum Betriebe von Färbereien, Gerbereien, Walken und ähnlichen Anlagen benutzte Wasser darf keinem Flusse zugeleitet werden, wenn dadurch der Bedarf der Umgegend an reinem Wasser beeinträchtigt oder eine erhebliche Belästigung des Publicums verursacht wird. Die Entscheidung hierüber steht der Polizeibehörde zu." §. 6: „Die Anlegung von Flachs- und Hanfröſten kann von der Polizeibehörde untersagt werden, wenn solche die Heilsamkeit der Luft beeinträchtigt oder zu den im §. 3 erwähnten Nachtheilen Anlaß giebt." — Bayr. Ges. v. 28. Mai 1852 die Benützung des Wassers betr. Art. 58: „Die Benützung des Wassers zum Betriebe von Gerbereien, chemischen Fabriken, Bleichen, zu Flachs- und Hanfröſten und zu anderen Bestimmungen, durch welche die Eigenschaften des Wassers auf schädliche Art verändert werden, unterliegt der besonderen Bewilligung und Beschränkung durch die Verwaltungsbehörde, wobei jedoch etwaige Entschädigungsansprüche Dritter vorbehalten bleiben."

berechtigte, dem dieſes Waſſer die Fiſche tödtet, gegen den Veranſtalter jener nachtheiligen Einwirkung die im Einzelfalle begründete Klage anſtellen kann, alſo z. B. die negatoria, die actio legis Aquiliae, die confessoria, das interdictum Quod vi aut clam, — das bedarf keiner Bemerkung. Ob aber auch derjenige mit gerichtlicher Klage aufzutreten vermag, der durch jene Verunreinigung nur in ſeinem Antheile am Gemeingebrauche beeinträchtigt wird, das hängt davon ab, ob und in welchem Umfange man außer den vom römiſchen Rechte anerkannten Interdicten zum Schutze des Gemeingebrauches an flumina publica weitere Schutzmittel gleicher Art zulaſſen will.

Unverkennbar macht ſich gegenwärtig das Beſtreben geltend, jede im Gemeingebrauche enthaltene Benutzung eines im römiſchen Sinne öffentlichen Fluſſes unter den Schutz einer jenen Interdicten nachgebildeten Klage zu ſtellen.

Windſcheid [71]) ſcheint hierfür ausdrückliche Anhaltspuncte in zwei Quellenſtellen zu erblicken, welche, wie er meint, „gewiß nur beiſpielsweiſe" Interdicte zum Schutze der Fiſcherei und des Antreibens von Vieh zur Tränke gewähren.

L. un. §§. 7 und 9 D. ut in flum. navig. 43, 14: (*Ulp.* lib. 68. ad ed.) §. 7: Publicano plane, qui lacum vel stagnum conduxit, si piscari prohibeatur, utile interdictum competere *Sabinus* consentit: et ita *Labeo* . ergo et si a municipibus conductum habeat, aequissimum erit ob vectigalis favorem interdicto eum tueri. §. 9: Idem (sc. *Mela*) ait tale interdictum competere, ne cui vis fiat, quo minus pecus ad flumen publicum ripamve fluminis publici appellatur.

71) Lehrbuch Bd. II §. 467 N. 9.

Genauer betrachtet jedoch bezieht ſich keine beider Stellen auf den Gemeingebrauch an Flüſſen.

L. un. §. 7 behandelt vielmehr, wie wir bereits geſehen haben, [72]) eine beſondere Anwendung des interdictum de loco publico fruendo.

L. un. §. 9 aber redet von einem Schutze in der Benutzung einer Zukömmlichkeit zum Fluſſe für Vieh: der Zweck, zu welchem das Vieh an den Fluß getrieben werden ſoll, iſt gar nicht erwähnt; er braucht gar nicht im Tränken zu liegen, kann vielmehr auch gedacht werden, z. B. als Baden (Schwemme), Wäſche (für Schafe), nicht minder als Durchſchreiten des Fluſſes auf einer Furth, als Einladen in ein Schiff. Nun verſteht es ſich von ſelbſt, einerſeits, daß der Uferanlieger oder wer ſonſt ein Privatrecht auf die Zukömmlichkeit zum Fluſſe hat, eines beſondern Interdictes zum Schutze für dieſelbe nicht bedarf; und anderſeits, daß der unbefugte Anſpruch auf eine Zukömmlichkeit nicht geſchützt wird. Es leuchtet demnach ein, daß die Benutzung eines öffentlichen, auch für die Viehtrift beſtimmten, Weges zum Fluſſe in Frage ſteht. M. a. W. das Interdict des §. 9 iſt nur ein beſonderer Anwendungsfall des interdictum Ut via publica ire agere liceat. [73])

Nicht beweistüchtiger iſt die Berufung darauf, daß die Quellen ſelbſt das interdictum de fluminibus (l. 1 pr. h. t.) nicht nur auf das Meer und die Seeküſte erſtrecken, ſondern ſogar auf diejenigen im römiſchen Sinne öffentlichen Flüſſe, welche nicht ſchiffbar ſind, inſofern aus dieſer Erſtreckung gefolgert wird, das genannte Interdict diene zum Schutze auch andern gemeinen Gebrauches, als der

72) Oben Tit. 9 S. 289 ff.

73) L. 2 §. 45 D. ne quid in loco publ. fiat 43, 8. S. oben Tit. 8 Ziffer 7 S. 278 ff.

(nicht möglichen) Schifffahrt. [74]) Es kommt hier in Betracht l. 1 §§. 12, 17 und 18 h. t.

§. 12: Non autem omne, quod in flumine publico ripave fit, coercet praetor, sed si quid fiat, quo deterior statio et navigatio fiat . ergo hoc interdictum ad ea tantum flumina publica pertinet, quae sunt navigabilia . sed *Labeo* scribit, non esse iniquum, etiam si quid in eo flumine, quod navigabile non sit, fiat, ut exarescat vel aquae cursus impediatur, utile interdictum competere Ne vis ei fiat, quo minus opus, quod in alveo fluminis ripave ita factum sit, ut iter cursus fluminis deterior sit fiat, tollere demoliri purgare restituere viri boni arbitratu possit. §. 17: Si in mari aliquid fiat, *Labeo* [75]) competere tale interdictum: Ne quid in mari inve litore, quo portus, statio iterve navigio deterius fiat. §. 18: Sed et si in flumine publico, non tamen navigabili, idem putat. [76])

Allerdings erweckt §. 12 den Schein, als ob auch eine solche Anlage in einem nicht schiffbaren Flusse oder an dessen Ufer dem interdictum utile ausgesetzt sei, welche die Schifffahrt nicht einmal mittelbar beeinträchtigt. Allein selbst wenn dies richtig wäre, dürften wir doch nicht mit André das Interdict gegen alle Handlungen erstrecken, welche den öffentlichen Gebrauch des Wassers behindern, also z. B. einem Orte das Trinkwasser entziehen; vielmehr bleibt es seinem Wortlaute nach beschränkt auf eine

74) Unterholzner Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2 §. 404 S. 193; André a. a. O. S. 69; Endemann a. a. O. S. 34 f.

75) ait schaltet der ordentliche Corrector der Florentina ein.

76) Zu §. 18 bemerkt Mommsen: abundat: cf. §. 12.

Einwirkung, welche Weg und Lauf des Flusses betrifft. Bei dieser Beschränkung geräth man in zweifache Verlegenheit, sobald man dem Interdicte ohne Rücksicht auf die Schifffahrt stattgiebt. Wendet man es nämlich, wie es der Darstellung Labeos ohne Zweifel am besten entspricht, ausschließlich auf nicht schiffbare Flüsse an, so gelangt man zu dem überraschenden Ergebnisse, daß schiffbare Flüsse, soweit nicht eine Beeinträchtigung der Schifffahrt in Frage kommt, einen geringern Schutz genießen, als nicht schiffbare: sie stehen nämlich insoweit nur unter dem Schutze derjenigen Interdicte, welche eine Aenderung des Wasserlaufes gegenüber dem Sommer des Vorjahres betreffen. Will man dagegen diesen Anstoß vermeiden, indem man das Interdict auch auf schiffbare Flüsse anwendet, so ist vollends sein Verhältniß zu den eben erwähnten Interdicten (l. un. pr. und §. 11 D. ne quid in flum. publ. fiat 43, 13) schwer zu begreifen. Da es nämlich nur darauf geht, daß Kläger nicht gehindert werde, eine dem Laufe des Flusses nachtheilige Aenderung zu beseitigen, selbstverständlich auf eigne Kosten, so würde es oft [76a]) für ihn weit unvortheilhafter sein, als das restitutorische jener Interdicte, und vor diesem nur den Vorzug haben, daß es auch dann noch statthaft ist, wenn die nachtheilige Veränderung des Wasserlaufes bereits vor dem Sommer des Vorjahres erfolgt ist. Schwerlich jedoch würde ein so unbedeutender Vortheil, der obendrein für einen sorgsamen Mann kaum ins Gewicht fällt, einen Labeo veranlaßt haben, die Ertheilung des Interdicts als eine Forderung der Billigkeit zu bezeichnen (non esse iniquum). Es geht auch nicht an, mit Unterholzner [77]) unserm

76a) Nämlich wenn die Anlage vom Beklagten selbst gemacht ist oder auf dessen Geheiß oder seine Genehmigung erhalten hat. S. unten Ziffer 9 a. E.

77) A. a. O. §. 405 S. 193 f.

Interdicte gegenüber jenen dadurch Raum zu bereiten, daß man die letzteren zuwider ihrem klaren Wortlaute auf solche Veranstaltungen beschränkt, welche die Grundstücke der Flußnachbarn gefährden. Ebenso unbefriedigend ist die Ansicht Heimbachs,[77a]) das interdictum utile der l. 1 §. 12 sei durch Einführung des restitutorischen Interdicts (l. 1 §. 19 h. t.) in Vergessenheit gebracht, weil letzteres einen vollern Schutz gewährte.

So bleibt nichts Anderes übrig, als die Beschränkung unseres Interdictes auf solche Anlagen in einem nicht schiffbaren Flusse, welche mittelbar die Schifffahrt auf dem größern Flusse beeinträchtigen, in den jener mündet. Unser Interdict ist demnach das nämliche, von welchem §. 18 cit. redet. Unter letzterm ist zweifellos eine Klage gemeint, welche Beeinträchtigung der Schifffahrt durch Anlagen an einem nicht schiffbaren Flusse abwehren soll; nur darauf, nämlich auf die in den Worten des §. 17 ausgesprochene Voraussetzung: quo portus, statio iterve navigio deterius fiat, kann das idem putat des §. 18 gehen, selbstverständlich dagegen nicht auf die Fassung des in §. 17 aufgeführten Interdictes Ne quid in mari inve litore fiat. Diese Voraussetzung ist nun freilich nach §. 12 cit. in unserm Interdicte nicht ausgesprochen; sie steckt jedoch in den Worten: ut iter cursus fluminis deterior sit fiat. Und eben in der Ertheilung unseres Interdictes liegt das non permitti der l. 2 h. t.[78]) für eine Wasserableitung aus einem Flusse, durch welchen ein andrer schiffbar wird.[79])

Diese ausschließliche Richtung des interdictum utile in §. 12 gegen Beeinträchtigung der Schifffahrt rechtfertigt es endlich auch, daß der Kläger mit demselben nur die

77a) In Weiskes Rechtslexikon Bd. 5 S. 545.
78) S. oben S. 464.
79) S. oben Ziffer 6 S. 463 N. 12.

Gestattung erwirken kann, auf eigne Kosten die der Schiffahrt nachtheilige Anlage zu beseitigen. An schiffbaren Flüssen geschieht die Beseitigung einer solchen Anlage wenigstens dann auf Kosten dessen, der sie gemacht hat, wenn dieser sich in ihrem Besitze befindet; [79a]) bei Anlagen an nicht schiffbaren Flüssen genügt die patientia destruendi auch gegenüber dem besitzenden Urheber der Anlage.

Hiernach läßt sich aus den Quellen weder unmittelbar noch mittelbar ein allseitiger Rechtsschutz für den Gemeingebrauch eines öffentlichen Flusses herleiten. Und demgemäß ist denn auch noch neuerdings für die in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannten Fälle der gerichtliche Schutz jenes Gemeingebrauches, z. B. gegen Verunreinigung der Wasserwelle, versagt und dafür auf den polizeilichen Schutz verwiesen worden. [80])

Will man trotzdem den Gemeingebrauch eines Flusses allgemein unter Rechtsschutz stellen, so muß man dafür eine neue Grundlage schaffen.

Ein Erkenntniß des OAG. Rostock [81]) v. J. 1856 hat dies versucht, als es der Klage stattgab, welche die Besitzerin eines an die Warnow stoßenden Gutes gegen den Besitzer des oberhalb an den Fluß grenzenden Landgutes angestellt hatte, weil ein von jenem seit einigen Jahren in jedem Frühlinge auf mehrere Wochen quer durch den Fluß gelegtes Stauwerk ihre Wiesen anfänglich durch Entziehung der nöthigen Feuchtigkeit und später durch nachtheilige Ueberwässerung schädigte. Wenn auch die Klagen, heißt es in den Entscheidungsgründen, durch welche die dem Einzelnen an öffentlichen Gewässern zustehenden Rechte geschützt werden, der prätorischen Jurisdiction entsprossen

79a) S. unten Ziffer 9 zu N. 19.

80) Seufferts Arch. Bd. 32 Nr. 141 (OG. Wolfenbüttel 1876).

81) Seufferts Arch. Bd. 23 Nr. 104.

seien, so gelte das doch nicht für diese Rechte selbst; es sei daher Jeder befugt, die letzteren ihrem vollen Umfange nach zur Geltung zu bringen. Alle Vornahmen, welche ein Einzelner in der ihm zustehenden Benutzung öffentlicher Gewässer, wie öffentlicher Plätze u. s. w. treffe, seien daher auch in unsern Quellen, und so auch in dem hier einschlagenden Digestentitel 43, 13 ausdrücklich an die Beschränkung gebunden, daß dadurch anderen Gleichberechtigten kein Schade zugefügt werde. Seinen einseitigen Vortheil hierbei auf Kosten des Andern zu suchen, könne niemand für befugt erachtet werden. Auch die §§. 6 und 7 des fragm. un. ne quid in flum. publ. 43, 13 halten diese Schranke fest. Und wenn sie dies auch nur in dem Sinne thuen, daß unter gestattetem Fortbestande der gemachten Strombauten dem dadurch Benachtheiligten eine anderweitige Entschädigung zugesichert werde, so könne doch für die Zuläßigkeit dieses Auskunftsmittels die Beschaffenheit der hierbei erwähnten Beispiele um deswillen nicht als gleichgültig betrachtet werden, weil zwar ein wirklicher Nothstand des Einen es als zuläßig erscheinen lasse, das formelle Recht des nicht gleicherweise gefährdeten Andern bis auf einen gewissen Grad hintanzusetzen, es außerdem aber einen durchgreifenden Grundsatz unseres Rechtes bilde, daß, wo ein Conflict streitender Interessen zu lösen sei, derjenige, welcher bloß de lucro captando streite, demjenigen nachzustehen habe, welcher einen positiven Schaden von sich abwenden wolle. Dem aber sei im vorliegenden Falle so.

Es dürfte nicht schwer sein, die Schwäche dieser Ausführung darzulegen. Die Rechtsbehelfe zum Schutze des Gemeingebrauches sind keineswegs aufgestellt worden, um Privatrechte der Einzelnen zu schützen. Nach römischem Rechte fand ja der Gemeingebrauch nur iure civitatis statt, nicht quasi proprius cuiusque. Und wenn wir heute die Befugniß des Einzelnen zur Mitbenutzung der res in pu-

blico usu allerdings als sein Privatrecht betrachten,[82]) so geschieht dies doch nur aus dem Grunde, weil und soweit sie durch eine Klage geschützt ist. Es heißt also das Verhältniß umdrehen, wenn man jene Befugniß als das Primäre ansieht, d. h. als ein an und für sich vorhandenes Recht auf Theilnahme am Gemeingebrauche nach allen möglichen Seiten hin, welches dementsprechend die Folge des Rechtsschutzes für jede beliebige Seite des Gemeingebrauches selbstverständlich nach sich ziehe; in der That läuft dies auf eine petitio principii hinaus. Uebrigens handelte es sich im gegebenen Falle in Wahrheit gar nicht um den Schutz des Gemeingebrauchs, sondern um den Schutz des Eigenthums gegen Schädigung durch mißbräuchliche Ausübung des Gemeingebrauchs: die geeignete Klage war das interdictum Quod vi aut clam, daneben die negatoria und die actio legis Aquiliae.

Besser begründen anscheinend die Ausdehnung des Interdictenschutzes auf jede erlaubte Art des Gemeingebrauchs an einem Flusse zwei Entscheidungen des Reichsgerichts.[83]) In der ersten dieser Entscheidungen, und ähnlich in der andern, heißt es:

„Die (zum Schutze des Gebrauches öffentlicher Sachen dienenden) Interdicte stellen den Gebrauch öffentlicher Sachen, insbesondere auch öffentlicher Flüsse (Dig. lib. 43 tit. 12. 13. 14), unter einen für die damaligen Verkehrsverhältnisse so umfassenden Schutz, daß man als das Princip desselben den allgemeinen Schutz des Gebrauches öffentlicher

82) S. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1840a Ziffer 132 S. 535 f. und oben Tit. 7 Ziffer 10 S. 135.

83) Entsch. Bd. 15 Nr. 38 S. 182 ff. (= Seufferts Arch. Bd. 42 Nr. 9); Bd. 16 Nr. 31 S. 144 ff. (= Seufferts Arch. Bd. 42 Nr. 8), beide v. J. 1886 und vom 3. Civilsenate.

Sachen bezeichnen und ſie daher auch zugunſten ſolcher Gebrauchsarten, welche erſt in ſpäterer Zeit üblich geworden ſind, verwenden kann."

Indeſſen bedarf dieſe Begründung einer nicht ganz unweſentlichen Berichtigung: ihr Ausgangspunct entſpricht dem Thatbeſtande des römiſchen Rechtes nicht völlig. Allerdings wird man in den Interdicten der l. un. pr. und §. 11 D. ne quid in flum. publ. fiat 43, 13 den Schutz gegen übermäßige Ableitung des Flußwaſſers von dritter Seite [84]) nicht nur für die Benutzung des Waſſers zwecks der Bewäſſerung finden dürfen, ſondern nicht minder für deſſen Benutzung zum Trinken, Begießen, Baden, Waſchen, Viehtränken und anderen Zwecken. Dagegen wüßte ich nicht, welches Interdict die Benutzung des Waſſers zu irgend einem jener Zwecke geſichert hätte gegen Verunreinigung des Waſſers; und doch läßt ſich kaum bezweifeln, daß ſchon bei den Römern Verunreinigungen des Waſſers vorgekommen ſeien, welche die Benutzung desſelben zu vielen Zwecken beeinträchtigen mußten. Offenbar alſo hielt es der Prätor nicht für nöthig, jede Art des Gemeingebrauchs an Flüſſen gegen jede nachtheilige Einwirkung durch Interdicte zu ſchützen; nöthig erſchien ihm vielmehr ein ſolcher Schutz nur einerſeits für die Schifffahrt und anderſeits gegen Anlagen, welche den Lauf des Fluſſes gegenüber dem Sommer des Vorjahres verändern. Eine ſinngemäße Erweiterung des Interdictenſchutzes für den Gemeingebrauch öffentlicher Flüſſe wird demnach nur erfolgen dürfen in der Beſchränkung einerſeits zugunſten ſolcher, den Römern unbekannten, Arten des Gemeingebrauchs, welche nach heutiger Auffaſſung an volkswirthſchaftlicher Bedeutung der Schifffahrt auf dem Fluſſe gleichkommen, wie z. B. Benutzung der Waſſerkraft zu gewerblichen Betrieben; und anderſeits gegen ſolche, den

84) S. oben Ziffer 6 S. 467.

Römern unbekannte, nachtheilige Einwirkungen, welche volkswirthschaftlich mindestens ebenso schädlich sind, wie die Veränderung des Wasserlaufes gegenüber dem Sommer des Vorjahres, z. B. Verunreinigung des Wassers durch Zuführung giftiger Abwässer aus chemischen Fabriken und drgl. Im Uebrigen wird es gemeinrechtlich sein Bewenden beim polizeilichen Schutze haben müssen.

Schließlich sei noch ein Thatbestand berührt, der in der Gegenwart, namentlich bei Eisenbahnanlagen, nicht selten vorkommt, der jedoch, obschon er sicherlich auch den Römern nicht fremd gewesen ist, in den Quellen nicht erwähnt wird: wir meinen die künstliche Trockenlegung eines Flußbettes. Eine gewisse Billigkeitserwägung scheint dafür zu sprechen, daß, unter Hintansetzung der römischen Vorschriften über die Behandlung des alveus relictus, ein solches Flußbett demjenigen zufalle, der es trocken gelegt hat. Trotzdem wird gemeinrechtlich an den römischen Vorschriften [85]) festzuhalten sein. Denn eben, weil künstliche Ableitung und Trockenlegung von Flüssen auch bei den Römern vorgekommen ist, so hätten unsere Quellen es erwähnen müssen, falls hier eine Abweichung von der ganz unterschiedslos vorgeschriebenen Behandlung eintreten sollte, [86]) — und dies um so mehr, da sie umgekehrt es aussprechen, daß der Erwerb durch Alluvion auch für einen Uferanlieger stattfindet, der die Alluvion durch Anlagen zum Uferschutze veranlaßt hat.

L. 1 Cod. de adluvion. 7, 41:

(*Gordian.* Marco a° 239.) Quamvis fluminis natura-

85) Ueber das preußische Recht s. Dernburg Lehrbuch des Preußischen Privatrechts Bd. 1 §. 237 unter 4; Förster-Eccius preußisches Privatrecht Bd. 3 §. 173 unter 4.

86) v. Wächter Pandekten Thl. 1 §. 60 Beil. II A III 5. S. 280.

lem cursum opere manu facto alio non licet avertere, tamen ripam suam adversus rapidi amnis impetum munire prohibitum non est . et cum fluvius priore alveo derelicto alium sibi facit, ager, quem circumivit, prioris domini manet . quod si paulatim ita auferat aliique parti applicat, id alluvionis iure ei quaeritur, cuius fundus crescit. [87])

Daß hieran aber ein gemeines Gewohnheitsrecht eine Aenderung in der angegebenen Richtung bewirkt habe, ist m. W. noch nicht einmal behauptet worden. Ganz grundlos vollends erscheint die Ansicht, es seien in solchem Falle die Grundsätze des deutschen Rechts zur Anwendung zu bringen, wonach der Grund und Boden eines öffentlichen Flusses in dem Eigenthume des Staates sich befinde und diesem auch nach erfolgter Trockenlegung verbleibe, sofern nicht etwa im Einzelfalle angenommen werden müsse, daß der Staat unter Verzicht auf seinen Eigenthumsanspruch das alte Bette auf den Dritten übertragen habe, der es auf seine Kosten trocken legt. [88])

Eine Abweichung tritt jedoch ein, wenn bei einer Verkoppelung ein Flußbett verlegt wird: hier fällt dem Wesen des Hergangs gemäß das alte Bette in die Verkoppelungsmasse, während das neue Bette derselben entnommen wird; der Fluß selbst wird gewissermaßen als Verkoppelungsinteressent behandelt.

87) Seufferts Arch. Bd. 13 Nr. 309 unter 4 (OAG. Darmstadt 1838).

Daß das Entsprechende auch für eine künstlich veranlaßte Flußinsel gelte, wird kaum zweifelhaft sein; wir haben von dieser Annahme bereits oben Gebrauch gemacht. S. oben Ziffer 5 S. 450 N. 87a und S. 460 zu N. 2.

88) Seufferts Arch. Bd. 13 Nr. 208 (OTr. Stuttgart 1859).

8. Neben den allgemeinen Grundsätzen des römischen Wasserrechtes behandelt unser Titel zwei Interdicte zum Schutze gegen Beeinträchtigung der Schifffahrt durch Anlagen im Flusse oder an dessen Ufer, ein prohibitorisches und ein restitutorisches. [89])

I. Das prohibitorische Interdict zum Schutze der Schifffahrt gegen Anlagen im Flusse oder am Flußufer.

Den Wortlaut dieses Interdicts enthält l. 1 pr. h. t. *Ulp.* lib. 68. ad ed.: Ait praetor: Ne quid in flumine publico ripave eius facias, neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigo deterior sit fiat. [90])

Die Erläuterung dieses Interdicts ergeben die §§. 4, 6—16 der l. 1 cit. h. t.

Danach bezieht sich unser Interdict ausschließlich auf flumina publica im römischen Sinne, d. h. auf perennirende fließende Gewässer, [91]) aber auch auf künstliche Wasserzüge derart, soweit dieselben an die Stelle natürlicher getreten sind. [92]) Inseln, die im Flusse entstanden sind, unterliegen, abgesehen von ihren Ufern, [93]) dem Gemeingebrauche nicht; [94]) ebenso wenig thut dies der alveus re-

89) Unterholzner Schuldverhältnisse Bd. 2 §. 400 S. 191 f. Heimbach in Weiskes Rechtslexikon Bd. 5 S. 543 ff.

90) Es ist kein Grund dafür, wie Dernburg, Festgaben für Heffter S. 107, will, anzunehmen, daß am Schlusse die Worte: adversus ea vim fieri veto oder ähnliche weggefallen seien. Lenel ed. perp. S. 368 f. N. 19. Bd. 1 dieser Serie des Commentars §. 1836a Ziffer 37 S. 202 f.

91) L. 1 cit. §. 4 (s. oben S. 325).

92) L. 1 cit. §. 8 (s. oben S. 345).

93) L. 65 §. 1 D. de a. r. d. 41, 1 (s. oben S. 450).

94) L. 1 cit. §. 6 (s. oben S. 375).

lictus;[95]) auch nicht solche Länderei, die nur vorübergehend überschwemmt ist;[96]) selbstverständlich noch weniger ein Grundstück, welches durch einen neuen Flußarm zur Insel gemacht worden ist (ager circumluvione in formam insulae redactus).[97]) Eben deshalb fallen Anlagen auf einem der bezeichneten Grundstücke nicht unter unser Interdict. Freilich könnte man von solchen Anlagen in gewissem Sinne sagen, sie seien in einem Flusse vorgenommen; allein keinenfalls gehört die Stelle, wo sie vorgenommen worden sind, zu dem Flusse, soweit er sich im Gemeingebrauche befindet; jene Anlagen sind also nicht in publico vorgenommen, sondern in privato, gerade so, wie Anlagen, die im Bette eines nicht perennirenden Flusses stattfinden, und die eben deshalb ebenfalls nicht unter das Interdict gehören.

L. 1 cit. §. 10 i. f.:

nec pertinet ad hoc interdictum, si quid in privato factum sit, ne quidem si in privato flumine fiat: nam quod fit in privato flumine, perinde est, atque si in alio privato loco fiat.

Das neu entstandene Bett eines perennirenden Flusses dagegen unterliegt nunmehr auch dann dem Interdicte, wenn es bisher Privateigenthum gewesen ist.[98])

Als im Flusse vorgenommen gilt nur das, was im Wasser geschieht; eben deshalb sah sich der Prätor veranlaßt, sein Interdict ausdrücklich auf Vornahmen am Ufer zu erstrecken.

L. 1 cit. §. 11:

In flumine publico factum accipere debemus, quidquid in aqua fiat: nam si quid extra factum sit, non

95) L. 1 cit. §. 7 init. (s. oben S. 357).
96) L. 1 cit. §. 9 (s. oben S. 351).
97) L. 1 cit. §. 10 init. (s. oben S. 375).
98) L. 1 cit. §. 7 i. f. (s. oben S. 348).

est in flumine factum: et quod in ripa fiat, non videtur in flumine factum.

Ufer wird hierbei im weiteſten Sinne verſtanden; [99]) das Interdict unterſagt jede Anlage auf den zur Seite des Fluſſes belegenen Grundſtücken, welche die Schifffahrt beeinträchtigen würde.

Gerichtet iſt das Interdict, wie das interdictum Ne quid in via publica fiat, ſowohl gegen ſolche Anlagen, welche die nachtheilige Wirkung ſofort haben, als gegen ſolche, aus denen ſie erſt droht. [99a])

Indeſſen verbietet das Interdict ausſchließlich Anlagen, welche die bezeichnete Wirkung unmittelbar hervorrufen. Deshalb iſt es in ſeiner edictsmäßigen Geſtalt nur auf ſchiffbare Flüſſe anwendbar, denn nur Anlagen in oder an ſolchen Flüſſen vermögen die Schifffahrt unmittelbar zu benachtheiligen. [99b]) Mittelbar jedoch können auch Anlagen in nicht ſchiffbaren Flüſſen dieſen Erfolg veranlaſſen, z. B. indem infolge derſelben der ſchiffbare Fluß, in den ſie münden, waſſerarm wird, verſandet, zu plötzlichen Waſſerzulauf erhält u. ſ. w. Mit Rückſicht hierauf empfahl Labeo für nicht ſchiffbare Flüſſe eine ſinngemäße Anwendung des Interdictes, welche dem Kläger die Befugniß ſichert, auf ſeine Koſten eine der Schifffahrt nachtheilige Anlage in oder an einem nicht ſchiffbaren perennirenden Gewäſſer zu beſeitigen. [100]) Eine weitere ſinngemäße Anwendung fand unſer

99) Vgl. oben Ziffer 5 S. 448 f.

99a) Vgl. l. 2 §. 31 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (ſ. oben S. 267).

99b) L. 10 §. 2 D. de aq. et aq. pl. 39, 3 (ſ. oben S. 165 N. 10).

100) L. 1 §§. 12 und 18 h. t. (ſ. oben S. 496). L. 10 §. 2 D. de aq. et aq. pl. 39, 3 i. f. (ſ. oben S. 165 N. 10).

Interdict nach der Ansicht des nämlichen Juristen auf Anlagen im Meere oder am Meeresgestade. [1])

Unser Interdict richtet sich gegen Anlagen, welche bewirken, daß statio iterve navigio deterior sit fiat; das interdictum utile gegen Anlagen im Meere oder am Meeresufer fügt noch hinzu: portus. Zu dem letzten Ausdrucke ist uns eine Erläuterung Ulpians in unserm Titel nicht überliefert; es liegt aber nahe, hierher die, gleich der l. 1 h. t. dem 68. Buche des ulpianischen Edictscommentares entnommene, Erläuterung zu beziehen, welche uns als l. 59 D. de V. S. 50, 16 erhalten ist. [2])

Portus appellatus est conclusus locus, quo importantur merces et inde [3]) exportantur: eaque nihilo minus statio est conclusa atque munita . inde angiportum dictum est.

Ulpian leitet danach die Bezeichnung portus von portare her, betont jedoch, daß ungeachtet der danach von ihm vorangestellten Bestimmung für den Handelsverkehr portus zugleich eine geschlossene und gesicherte statio sei, [4]) — eine Bedeutung, für die er sich auf den, nach seiner Meinung von portus = Hafen abgeleiteten, Ausdruck angiportum (gewöhnlich angiportus) = enges Gäßchen beruft. [5])

Den Begriff statio erklärt l. 1 cit. §. 13:

Stationem dicimus a standō: is igitur locus demonstratur, ubicumque naves tuto stare possunt.

1) L. 1 §. 17 h. t. (s. oben S. 496).
2) Vgl. Lenel palingen. vol. II col. 811 nr. 1514.
3) unde *leg.* Cramer sec. M.
4) Scipio Gentilis, parerga cap. 35 (in Otto thesaurus iuris Rom. tom. IV col. 1308 sq.), schlägt vor, statt eaque nihilo minus zu lesen: eaque quae nihilo minus.
5) Vgl. Scipio Gentilis, originum ad pandectas lib. singul. s. v. Angiportus. Statio (l. c. col. 1395 sq.).

Jener Begriff der Schiffshalteſtelle umfaßt alſo außer den Häfen namentlich auch die ſ. g. Rheden und Anländen.

Zu den Worten des Edictes: iter navigio bemerkt Ulpian in l. 1 cit. §. 14 h. t.:

Ait praetor: „iterque navigii [6]) deterius fiat“ . hoc pro navigatione positum est: immo navigium solemus dicere etiam ipsam navem, „iter“ ergo „navigio“ potest et sic accipi „iter navi deterius fiat“ . navigii appellatione etiam rates continentur, quia plerumque et ratum usus necessarius est . si pedestre iter impediatur, non ideo minus iter navigio deterius fit.

Danach bezeichnet navigium ſowohl die Schifffahrt, [7]) als ein Schiff; [8]) und in beiderlei Bedeutung bezieht ſich der Ausdruck auch auf Flöße. Als Beeinträchtigung des Weges für die Schifffahrt oder für die Waſſerfahrzeuge gilt auch die Beeinträchtigung des iter pedestre. Die Bedeutung dieſes Ausdrucks iſt nicht ſicher. Am natürlichſten wird er gewiß mit der erſten Erklärung der Gloſſe [9]) und

6) iterve navigio *scr.*

7) In dieſem Sinne gebraucht navigium Scaevola in l. 122 §. 1 D. de V. O. 45, 1 (in omnes navigii dies, — cum Callimachus — per navigium proficiscatur, — quasi perfecto navigio); Ulpian ſelbſt in l. un. §. 2 D. de ripa mun. 43, 14 (refectio — quae navigio non est impedimento); Diocletian in l. 4 (3) Cod. de naut. foen. 4, 33 (post navigium, navigii — periculum, nec loco — navigii servato).

8) In dieſem Sinne gebrauchen navigium Valentinian, Valens und Gratian in l. 14 §. 1 Cod. Theod. de navicular. 13, 5 (Ad conficienda — competentia navigia) und in l. 1 Cod. Theod. de naut. Tib. 14, 21 = l. un. Cod. Just. eod. 11, 27 (26) (Quaecunque — navigia in alveo Tiberis inveniuntur).

9) Glossa ad v. *si pedestre*: quod est iuxta aquam, quo

Pothier[10]) vom Leinpfade verſtanden. Dem ſteht auch m. E. nicht etwa der Umſtand entgegen, daß die Quellen die Benutzung des Ufers zum Leinpfade nicht unter den Arten des Gemeingebrauchs aufführen, denen das Flußufer unterliegt.[11]) Denn eine Beeinträchtigung der Schifffahrt liegt auch dann vor, wenn die Benutzung eines ſolchen Leinpfads gehindert wird, der nicht kraft Gemeingebrauches am Fluſſe ſtattfindet, ſondern kraft Gemeingebrauches auf einem am Ufer entlang laufenden öffentlichen Wege, oder etwa kraft der einer Schiffergilde oder auch einer einzelnen Perſon eingeräumten Befugniß. Und ſollte dergleichen, obſchon m. W. ein Zeugniß dafür fehlt, nicht ſchon im römiſchen Reiche vorgekommen ſein? Doch läßt ſich der Ausdruck iter pedestre immerhin auch mit der zweiten Erklärung der Gloſſe von einer Zukömmlichkeit zu den Schiffen vom Ufer aus verſtehen, ſofern dieſe Zukömmlichkeit zwecks der Schifffahrt beſteht. Jedenfalls iſt heute wegen Beeinträchtigung des Leinpfades unſer Interdict anwendbar.

Ueber den Begriff der Beeinträchtigung von statio und iter für die Schifffahrt äußert ſich l. 1 cit. §. 15.

Deterior statio itemque iter navigio fiere videtur, si usus eius corrumpatur vel difficilior fiat aut minor vel rarior aut si in totum auferatur. proinde sive derivetur aqua, ut exiguior facta minus sit naviga-

itur, quandoque funibus trahendo; quod dicitur restara vel piarda vulgariter: vel de eo, per quod descenditur vel itur ad aquam sive naves.

10) Pandectae Justin. in novum ordinem digestae ad h. t. nr. 8 n. 5. *Pedestre iter* hic sic intellige, quo eundum est iis, qui naves trahunt e ripa, ut passim videre est ad Ligerim nostrum, longis funibus naves flumen ascendentes trahi (Le chemin nécessaire pour les Haleurs). Pothier lebte in Orleans.

11) L. 5 pr. D. de R. D. 1, 8 (ſ. oben S. 449).

bilis, vel si dilatetur, aut [12]) diffusa brevem aquam faciat, vel contra sic coangustetur, et [13]) rapidius flumen faciat, vel si quid aliud fiat, quod navigationem incommodet difficilioremve faciat vel prorsus impediat, interdicto locus erit.

Als Beeinträchtigung eines Ruheplatzes oder eines Weges für Wasserfahrzeuge gilt danach jede Verschlechterung oder Erschwerung, jede Verringerung ihrer Benutzbarkeit sowohl nach Inhalt als nach zeitlichem Umfange, und vollends die gänzliche Beseitigung der Benutzbarkeit. Das Interdict ist deswegen begründet, wenn durch Wasserableitung der Wasserstand so vermindert wird, daß die Schifffahrt darunter leidet; ebenso wenn infolge einer Erweiterung des Bettes das Wasser seicht wird; umgekehrt, wenn das Bette so verengt wird, daß der Fluß ein stärkeres Gefälle bekommt; überhaupt, wenn durch irgend eine Anlage die Schifffahrt behindert oder erschwert oder völlig verhindert wird.

Gegenüber dem Interdicte ist nach Labeo die exceptivische Berufung darauf unzulässig, daß eine interdictswidrige Anlage zwecks des Uferschutzes geschehe; zulässig ist nach ihm nur eine exceptio, welche sich auf die gesetzliche Befugniß zu jener Anlage stützt.

L. 1 §. 16 h. t.:

Labeo scribit non esse dandam exceptionem ei, qui interdicto convenitur: „aut nisi [14]) ripae tuendae

12) sic dilatetur, ut *dett.* sec. M.

13) ut *dett.* sec. M.

14) Das aut ist entweder zu streichen oder in ac oder at umzuändern; das nisi ist als eine, zwar seltene, aber zulässige Fassung einer exceptio beizubehalten. S. über beides Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1837a Ziffer 75 S. 485 f.

causa factum sit," sed ita excipiendum ait: „extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit."

Die Ausschließung einer Einrede wegen des Uferschutzes beruht darauf, daß dieser Schutz an sich nur soweit gestattet wird, als er die Schifffahrt nicht beeinträchtigt. [15])

II. Das restitutorische Interdict zum Schutze der Schifffahrt gegen Anlagen im Flusse oder am Flußufer.

9. Den Wortlaut dieses Interdictes giebt l. 1 §. 19 h. t.:

Deinde ait praetor: Quod in flumine publico ripave eius factum, [16]) sive quid in id flumen ripamve eius immissum habes, quo statio iterve navigio deterior sit fiat, restituas.

In seinen Voraussetzungen unterscheidet sich dieses Interdict von dem prohibitorischen nur dadurch, daß es das Vorhandensein der für die Schifffahrt nachtheiligen Anlagen erfordert, während jenes deren Vornahme verhüten will.

L. 1 §. 20 h. t.:

Superius interdictum prohibitorium est, hoc restitutorium, ad eandem causam pertinens.

Es befiehlt die Beseitigung der nachtheiligen Anlagen, soweit sie die Schiffshaltestelle oder die Schifffahrt selbst beeinträchtigen.

15) L. un. pr. D. de ripa mun. 43, 15 v.: dum ne ob id navigatio deterior fiat. S. unten Tit. 15 zu N. 3.

16) So, nicht mit der Florentina fiat, ist zu lesen, wie Schmidt, Interdictenverfahren S. 155 N. 6 Abs. 2, gemäß dem Sinne, der entsprechenden Fassung des Interdicts in l. un. §. 11 D. ne quid in flum. 43, 13 und gemäß der Worterklärung in l. 1 §§. 21 sq. h. t. mit Recht bemerkt. Lenel ed. perp. §. 241. 2. S. 369 zu N. 2.

L. 1 §. 21 h. t.:

Iubetur autem is, qui factum vel immissum habet, restituere, quod habet, si modo id, quod habet, stationem vel navigium deterius faciat.

Gerichtet iſt das Interdict, wie das reſtitutoriſche Interdict wegen öffentlicher Wege, [17]) nicht gegen denjenigen, der die nachtheilige Anlage gemacht hat, als ſolchen, ſondern gegen deren Inhaber, mag er ſelbſt ſie gemacht haben oder ein Dritter.

L. 1 §. 22 h. t.:

Haec verba „factum habes“ vel „immissum habes“ ostendunt, non eum teneri, qui fecit vel immisit, sed qui factum immissum habet . denique *Labeo* scribit, si auctor tuus aquam derivaverit, et te teneri [18]) hoc interdicto, si ea tu utaris.

Wie bei dem reſtitutoriſchen Interdicte wegen öffentlicher Wege [19]) haftet auch hier der Beklagte für die Koſten der Wegräumung und vollen Schadenserſatz, wenn die Anlage von ihm ſelbſt oder auf ſein Geheiß oder mit ſeiner Genehmigung gemacht iſt; wegen bloßer Innehabung haftet er nur auf patientia destruendi.

17) L. 2 §. 35 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (ſ. oben S. 271).

18) Die Worte: te teneri fehlen in der Florentina, ſind aber durch die älteſten Vulgathandſchriften bezeugt.

19) L. 2 §. 43 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (ſ. oben S. 276 f.). Vgl. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1837 Ziffer 58 S. 335 f. und §. 1836a Ziffer 35 S. 198 ff.

Lib. XLIII. Tit. XIII.

Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit.[1])

1. Die beiden in dieſem Titel behandelten Interdicte beſchränken ſich nicht auf den Schutz der Schifffahrt, ſondern richten ſich gegen jede Anlage in einem öffentlichen Fluſſe oder an deſſen Ufer, welche den Lauf des Waſſers gegenüber dem Zuſtande des Sommers im Vorjahre verändert.

I. Das prohibitoriſche Interdict gegen Anlagen in einem öffentlichen Fluſſe oder an deſſen Ufer, welche den Waſſerlauf gegenüber dem Sommer des Vorjahres ändern.

Von dieſem Interdicte handelt l. un. pr. §§. 1—11 h. t.

Den Wortlaut enthält l. un. pr. h. t.:

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Ait praetor: In flumine publico inve ripa eius facere aut in flumen ripamve eius immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto.

Als Zweck des Interdictes giebt Ulpian an, der Prätor wolle dadurch verhüten, daß durch unzuläſſige Waſſerableitungen die Flüſſe austrocknen, und daß die Ver-

1) Unterholzner Schuldverhältniſſe Bd. 2 §. 405 f. S. 193 f. Heimbach in Weiskes Rechtslexikon Bd. 5 S. 589 f.

änderung des Flußbettes den Anliegern irgend einen Nachtheil bringe.

L. 1 §. 1 h. t.:

Hoc interdicto prospexit praetor, ne derivationibus minus concessis [2]) flumina exarescant, [3]) vel mutatus alveus vicinis iniuriam aliquam adferat.

Eben deshalb bezieht sich dieses Interdict, im Gegensatze zu den in l. 1 pr. und §. 19 D. de flum. 43, 12 aufgeführten, unterschiedslos sowohl auf schiffbare als auf nicht schiffbare öffentliche Flüsse.

L. un. §. 2:

Pertinet autem ad flumina publica, sive navigabilia sunt sive non sunt.

Allein es verbietet nur solche Anlagen und solche Einführungen, welche bewirken, daß das Wasser anders fließt, als es im Sommer des Vorjahres geflossen ist.

L. un. §. 3 init.:

Ait praetor: „quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit“: non omnis ergo, qui immisit vel qui

2) Vgl. l. 10 §. 2 D. de aq. et aq. pl. 39, 3 (s. oben S. 165 N. 10). Baron Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 272 N. 13.

3) Die Florentina, die erste Lesart der Pariser Handschrift Nr. 4455 (X^a) und Mommsens Handschrift (der codex Colladonianus C) lesen excrescant; exarescant haben die Correctur jener Pariser Handschrift, die Pariser Handschrift Nr. 4458 (Y), die Bamberger (M) und die Königsberger. Es liegt auf der Hand, daß man nicht lesen darf: ne derivationibus — flumina excrescant. Baron a. a. O. N. 14, der das exarescant wegen l. un. §. 3 h. t. (s. unten) für falsch hält, will deshalb statt derivationibus lesen coangustationibus, ohne freilich auch nur anzudeuten, wie sich diese Aenderung diplomatisch rechtfertigen lasse. Vgl. unten N. 5 und 11.

fecit, tenetur,[3a]) sed qui faciendo vel immittendo efficit aliter, quam priore aestate fluxit, aquam fluere.

Als interdictswidrige Veränderung des Wasserlaufes aber gilt keineswegs ausschließlich eine solche, welche zugleich die Wassermenge betrifft, also eine Verringerung oder Vermehrung derselben; es ist auch eine solche Anlage verboten, welche, ohne die Wassermenge zu verändern, die Weise oder die Richtung des Wasserlaufes verändert, also z. B. das Wasserbette senkt oder einengt, sodaß dadurch das Gefälle zum Nachtheile der Anlieger gesteigert wird, oder welche sonst den Anliegern irgend eine Schädigung bringt.

L. un. §. 3 i. f.:

quod autem ait „aliter fluat," non ad quantitatem aquae fluentis pertinet, sed ad modum et ad rigorem cursus per hoc, quod factum est, dum vel depressior vel artior fiat aqua ac per hoc rapidior fit[4]) cum incommodo accolentium: et si quod aliud vitii accolae ex facto eius, qui convenitur, sentient, interdicto locus erit.

Dahin gehört ohne Zweifel auch der dem erwähnten entgegengesetzte Fall, wenn durch Hebung des Wasserspiegels, z. B. mittels eines Stauwerks oder mittels Aufhöhung oder Verbreiterung des Bettes, das Gefälle verringert wird; natürlich aber auch der Fall, wo dies durch Wasserableitung bewirkt wird, und vollends der Fall, wo der Fluß ganz trocken gelegt wird.[5])

3a) D. h.: er wird haftbar, wenn er post interdictum redditum eine Anlage oder eine Einführung vorgenommen hat, welche die bezeichnete Aenderung des Wasserlaufes bewirkt. S. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1837 Ziffer 60 S. 349 f. und unten zu N. 17.

4) fit *del.* M.

5) L. 1 §. 3 ist also weit davon entfernt, einen Beweis-

Hiernach ist auch die Frage zu beurtheilen, ob der Eigenthümer des Grundstücks, auf dem die Quelle eines dem Gemeingebrauche unterliegenden Flusses entspringt, deren Wasser verbrauchen, behalten oder ableiten dürfe. [6]) Sofern das der Quelle entspringende Wasser in einem Bette hinabfließt, welches ohne Unterbrechung mit dem Bette des Flusses zusammenhängt, bildet sie selbst einen Theil, nämlich den obersten Theil, des Flußganzen. Was in ihr oder an ihrem Rande geschieht, geschieht also in flumine ripave eius und unterliegt demnach, wenn es den Lauf des Flusses gegenüber dem Sommer des Vorjahres verändert, unzweifelhaft unserm Interdicte. Wenn man sich für die entgegengesetzte Ansicht auf einige Aussprüche des römischen Rechtes [7]) beruft, [8]) namentlich auf l. 11 pr. D. quod vi 43, 24, wonach portio — agri videtur aqua viva, so dürfen wir, wie wir es schon hinsichtlich der Quellen s. g. Privatflüsse gethan haben, [9]) auch hier die Beweiskraft jener Aussprüche mit der Bemerkung zurückweisen, daß sie alle sich auf solche Quellen beziehen, deren Wasser von dem Quellgrundstücke nicht abläuft oder doch ohne bestimmtes Bette abläuft, m. a. W. eben keinen Teil des Flußganzen ausmacht. [10])

grund gegen die Lesart exarescant in §. 1 eod. zu bilden. S. oben N. 3.

6) Vgl. oben Ziffer 7 S. 482 f. über die Quelle eines s. g. Privatflusses.

7) S. oben Ziffer 7 S. 483 N. 53.

8) So die Erkenntnisse in Seufferts Arch. Bd. 34 Nr. 267 (OTr. Berlin 1878); Bd. 40 Nr. 181 = Entsch. des Reichsger. Bd. 12 Nr. 45 S. 183 ff. (3. Civilsen. 1884); Bd. 47 Nr. 261 (ders. Senat 1891).

9) S. oben Ziffer 7 S. 483.

10) Richtig die Erkenntnisse in Seufferts Arch. Bd. 19 Nr. 118 unter 1a (OAG. Darmstadt 1861); Bd. 33 Nr. 2 (AG. Celle 1877).

Anders dagegen, wie mit Anlagen, welche in der Quelle eines öffentlichen Flusses selbst oder an ihrem Rande stattfinden, verhält es sich mit solchen Anlagen, welche nur mittelbar auf die Quelle oder auf den Wasserstand des Flusses einwirken, z. B. unterirdische Zuflüsse ableiten, die künstliche Zuleitung von Wasser zum Flusse abschneiden, bewirken, daß Wasser aus dem Flußbette durchsickert und drgl. Derartige Anlagen fallen eben aus dem Grunde nicht unter unser Interdict, weil sie nicht in flumine ripave eius stattfinden.[10a]) Die Thatsache allein, daß irgend eine Anlage den Wasserlauf eines Flusses beeinträchtigt, begründet die Anwendbarkeit des Interdictes noch nicht: sonst müßte z. B. auch die Entwässerung eines Moores interdictswidrig sein, sofern sie auf den Wasserstand eines Flusses ungünstig einwirkt, — selbst das Abholzen einer Waldung, sofern es veranlaßt, daß die Niederschläge sich vermindern, und somit die Ansammlung von Wasser abnimmt, das dem Flusse zuläuft und drgl. Es ist außerdem erforderlich, daß dieser Erfolg hervorgerufen werde durch Anlagen im Flusse oder an seinem Ufer.[10b])

Weitere Beispiele einer interdictswidrigen Veränderung des Wasserlaufes geben l. 1 §§. 4 sq. h. t.

L. un. §. 4:

Si quis ex rivo tecto per apertum ducere velit, vel contra qui ante aperto duxit, nunc operto velit, interdicto teneri placuit, si modo hoc factum eius incommodum circa colentibus adferat.

10a) Vgl. die in N. 10 angeführten Erkenntnisse.

10b) Die Darstellung des Thatbestandes in dem Erkenntnisse des OAG. Wiesbaden 1847 in Seufferts Arch. Bd. 14 Nr. 38 läßt es sehr zweifelhaft erscheinen, ob in dem entschiedenen Falle diese Voraussetzung in der That vorlag.

Interdictswidrig ist hiernach auch die Umänderung eines bestehenden bedeckten Wasserableitungscanals in einen offenen, und umgekehrt eines offenen in einen bedeckten, sofern diese Umänderung die Anlieger irgend wie benachtheiligt.

L. un. §. 5:

Simili modo et si incile ducat aut alio loco faciat aut si alveum fluminis mutet, hoc interdicto tenebitur.

Ebenso liegt eine Interdictswidrigkeit in der Anlegung [11]) oder in der Verlegung eines Ufereinschnitts, [11a]) sowie in der Veränderung des Flußbettes, — selbstverständlich immer nur, sofern dadurch der Lauf des Flusses in einer den Anliegern nachtheiligen Weise geändert wird.

Während Anlagen, welche die Schifffahrt benachtheiligen, nicht einmal dann statthaft sind, wenn sie zwecks des Uferschutzes geschehen, m. a. W. auch solcher Anlagen halber dem Interdicte zum Schutze der Schifffahrt eine exceptio niemals eingefügt wird, [12]) verhält sich dies bei unserm Interdicte wesentlich anders. Zwar hat die Ansicht keine Billigung gefunden, daß unser Interdict unter allen Umständen durch die exceptio entkräftet werden müsse, eine an sich interdictswidrige Anlage geschehe des Uferschutzes wegen; denn grundsätzlich ist der Uferschutz nur mit

11) Auch dies weiset darauf hin, daß die Wasserableitung als solche interdictswidrig sein kann, bestätigt mithin die Lesart des §. 1: exarescant.

11a) Vgl. l. 1 §. 5 D. de riv. 43, 21: (Ulp. lib. 70. ad ed.) Incile est autem locus depressus ad latus fluminis, ex eo dictus, quod incidatur: inciditur enim lapis vel terra, unde primum aqua ex flumine agi possit etc.

12) L. 1 §. 16 D. de flum. 43, 12 (s. oben Tit. 12 Ziffer 8 S. 511 f.).

der Maßgabe ſchutzwürdig, daß dadurch die Anlieger nicht benachtheiligt werden. Allein manchmal läßt ſich der Uferſchutz ohne Benachtheiligung der Anlieger überhaupt nicht bewerkſtelligen; und alsdann kann es nur darauf ankommen, welche Rückſicht den Vorzug verdiene. Dies zu entſcheiden, war Sache des Prätors bei Ertheilung des Interdicts; [13]) bei der an Stelle des Interdictes getretenen Klage hat der Richter darüber zu befinden. Danach wird der Einrede ſtattzugeben ſein, wenn und ſoweit der Uferſchutz nur möglich iſt mit einem Nachtheile des Klägers, welcher geringer bleibt, als der Nachtheil, den der Beklagte bei Unterlaſſung der Schutzanlage erleiden würde.

L. un. §. 6 h. t.:

Sunt qui putent excipiendum hoc interdicto „quod eius ripae muniendae causa non fiet“ . scilicet ut si quid fiat, quo aliter aqua fluat, si tamen muniendae ripae causa fiat, interdicto locus non sit . sed nec hoc quibusdam placet: neque enim ripae cum incommodo accolentium muniendae sunt . hoc tamen iure utimur, ut praetor ex causa aestimet, an hanc exceptionem dare debeat: plerumque enim [14]) utilitas suadet exceptionem istam dari.

Eben dies ſagt auch l. 1 Cod. de adluv. 7, 41 init.: (*Gordian.* a°. 239.) Quamvis fluminis naturalem cursum opere manu facto alio non licet avertere, tamen ripam suam adversus rapidi amnis impetum munire prohibitum non est.

13) S. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1837a Ziffer 74 S. 473.

14) Mommſen will hier einſchalten: publica, — m. E. ohne Grund; die utilitas iſt hier eben die Rückſicht auf die Abwehr des größern Schadens vom Veranſtalter der Anlage, utilitas eius, qui quid in flumine publico fecit, wie es in §. 7 heißt.

Aehnlich verhält es ſich mit Anlagen zum Schutze der Länderei gegen Ueberſchwemmung und ſonſtige Beſchädigung durch den Fluß. Soweit ſie nothwendig ſind, um dem Beklagten einen Schaden abzuwehren, der größer ſein würde, als der Schade, der aus ihnen dem Kläger oder einem Dritten erwächſt, iſt deswegen eine exceptio gegen unſer Interdict zuläſſig.

L. un. §. 7 h. t.:

Sed et si alia utilitas vertatur eius, qui quid in flumine publico fecit (pone enim grande damnum flumen ei dare solitum, praedia eius depopulari), si forte aggeres vel quam aliam munitionem adhibuit, ut agrum suum tueretur, eaque res cursum fluminis ad aliquid immutavit, cur ei non consulatur? plerosque scio prorsus flumina avertisse alveosque mutasse, dum praediis suis consulant . oportet enim in huiusmodi rebus utilitatem et tutelam facientis spectari, sine iniuria utique accolarum.

Die Ausgleichung der einander gegenüberſtehenden Intereſſen wird dadurch bewirkt, daß der Veranſtalter der Schutzanlage wegen des infolge der Anlage drohenden Schadens cautio damni infecti beſtellen muß. Wie er ſeinerſeits gegen Behinderung im Uferſchutze nur unter der Vorausſetzung und nur ſo lange das interdictum de ripa munienda wirkſam gebrauchen kann, als er hinſichtlich der Leiſtung jener Caution alles ihm Obliegende gethan hat,[15]) ſo iſt ſelbſtverſtändlich auch die Wirkſamkeit ſeiner auf das Recht des Uferſchutzes geſtützten exceptio von der nämlichen Vorausſetzung abhängig. Es iſt hiernach ſeine Sache, zu

15) L. un. pr. §. 3 D. de ripa mun. 43, 15 und dazu Tit. 15 nach N. 3a. S. auch Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1837a Ziffer 73 S. 467 f. und Thl. 2 Berichtigungen und Zuſätze zu S. 467.

überlegen, ob der Uferschutz für ihn so viel werth ist, daß er die aus der Caution ihm möglicherweise erwachsenden Verpflichtungen verständigerweise übernehmen kann. Und zwar mußte im römischen Rechte nicht blos für den Schaden Caution geleistet werden, der dem Gegner selbst infolge des Uferschutzes erwachsen konnte, sondern auch für den Schaden, der Andern daraus drohte, und zwar für jenen Schaden als Realcaution, für diesen als Verbalcaution.[16]) Da heute die Popularinterdicte nur noch zugunsten des persönlich Interessirten stattfinden, so wird heute zwecks der Wirksamkeit der exceptio stets nur für den Schaden Caution zu leisten sein, der diesem selbst droht,[16a]) mithin stets als Realcaution.

Uebrigens sei noch ausdrücklich hervorgehoben, daß die Einrede sowohl hinsichtlich des Uferschutzes, als hinsichtlich des Schutzes der Länderei ungeachtet des Cautionserbietens zurückgewiesen werden muß, wenn es gewiß ist, der Nachtheil, welcher durch die beabsichtigten Anlagen abgewandt werden soll, sei geringer, als derjenige, der aus ihnen Dritten zu erwachsen droht.

Gerichtet wird unser Interdict als prohibitorisches nur gegen denjenigen, von dem der Impetrant besorgt, er werde eine interdictswidrige Anlage machen; er haftet aber ex interdicto reddito natürlich erst dann, wenn er eine derartige Anlage zu machen wenigstens begonnen hat. Nur in diesem Sinne ist zu verstehen

l. un. §. 8 init. h. t.:

16) L. un. §§. 3 sq. D. de ripa mun. 43, 15 vbb. mit l. 8 §§. 2 sq. D. de O. N. N. 39, 1. Vgl. unten Tit. 15 nach N. 6.

16a) Vgl. Tit. 7 Ziffer 12 S. 197 zu N. 74 und Tit. 15 a. E.

Is autem hoc interdicto tenetur, qui aliter fecit fluere, quam priore aestate fluxit. [17])

Als maßgebenden Zuſtand, deſſen Aenderung es verbietet, hat das Edict den Lauf hingeſtellt, den das Waſſer im Sommer des Vorjahres vor Erlaß des Interdictes gehabt hat. Der Sommer, d. h. ein Zeitraum, der mit der Frühlings-Tag- und -Nachtgleiche beginnt und mit der darauf folgenden Herbſt-Tag- und -Nachtgleiche endet, iſt nach der von Ulpian uns überlieferten Anſicht der Römer deshalb als die maßgebende Jahreszeit gewählt, weil ſich der regelmäßige Lauf eines Fluſſes für dieſe Jahreszeit ſtets mit größerer Sicherheit ermitteln läßt, als für den Winter. [17a]) Und zwar wird aus ähnlichem Grunde auf den Sommer des Vorjahres geſehen, d. h. des letzt vorhergehenden Zeitraumes, der mit einem Sommerhalbjahre begonnen und mit einem Winterhalbjahre geendigt hat, alſo wenn das Interdict im Sommer erbeten wird, auf den letzten vorhergehenden Sommer; wenn es im Winter erbeten wird, nicht auf den unmittelbar vorhergehenden Sommer, ſondern auf den vorletzten.

L. un. §. 8 i. f. h. t.:

et idcirco aiunt praetorem priorem aestatem comprehendisse, quia semper certior est naturalis cursus fluminum aestate potius [18]) quam hieme . nec ad instantem aestatem, sed ad priorem interdictum hoc refertur, quia illius aestatis fluxus indubitatior est . aestas ad aequinoctium autumnale [19]) refertur . et si forte aestate interdicetur, proxima superior aestas

17) Vgl. l. un. cit. §. 12 h. t. und Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1837 Ziffer 60 S. 349 f.

17a) Vgl. die Ausführung in dem Erkenntniſſe des OAG. Jena 1863 in Seufferts Arch. Bd. 17 Nr. 246.

18) potius *del.* Haloander.

19) autumnale *del.* M., m. E. ohne rechten Grund.

erit intuenda: si vero hieme, tunc non proxima [20]) hieme aestas, sed superior erit inspicienda.

Gemäß der edictsmäßigen Faſſung unſers Interdictes erliſcht das Recht, mittels desſelben einen beſtimmten Waſſerlauf zu ſichern, ſobald eine Aenderung dieſes Laufes ſchon den Sommer des Vorjahres hindurch beſtanden hat. Nun wirkt unſer Interdict, weil es prohibitoriſch iſt, ohnehin nicht gegenüber einer Anlage, welche bereits vor ſeinem Erlaſſe den maßgebenden Waſſerlauf geändert hat. Jene zeitliche Beſchränkung ſeine Anwendbarkeit kommt alſo nur in Betracht, wenn diejenige Aenderung des Waſſerlaufes, welche durch ihr längeres Beſtehen unſer Interdict ausſchließt, auf andere Weiſe veranlaßt worden iſt, als durch die Anlage ſelbſt, welche unſer Interdict verbieten will. [21])

Der Umſtand, daß eine post interdictum redditum gemachte Anlage den Waſſerlauf gegenüber dem Sommer des Vorjahres ändert, bildet laut der Faſſung des Interdictes eine die actio ex sponsione aus dem Interdicte begründende Thatſache; es liegt folglich dem Impetranten ob, ihn zu beweiſen. [22])

Von der activen und paſſiven Zuſtändigkeit unſeres Interdictes handelt l. un. §. 9 h. t.:

20) a *ins.* M.

21) In dieſem Sinne iſt hinſichtlich unſers Interdictes die in Theil 1 dieſer Serie des Commentars §. 1837b Ziffer 77 S. 503 zu N. 25b gemachte Bemerkung gemeint, das Recht auf Bewahrung des Waſſerlaufes ſei verjährt, ſobald eine unbefugte Aenderung des Waſſerlaufes den Sommer des Vorjahres hindurch beſtanden habe: von einer Verjährung durch längern Beſtand der angefochtenen Anlage ſelbſt verſtanden würde ſie für unſer Interdict ebenſo falſch ſein, als ſie für das reſtitutoriſche richtig iſt. S. unten Ziffer 2 a. E.

22) Vgl. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars a. a. O. S. 364.

Hoc interdictum cuivis ex populo competit, sed non adversus omnes, verum adversus eum, qui deneget, ut aliter aqua flueret, cum ius non haberet.

Hier ist zunächst ausdrücklich die Popularnatur unseres Interdictes ausgesprochen, welche sich außerdem auch aus l. 2 §. 1 D. de interd. 43, 1 ergiebt. [23])

In den folgenden Worten ist das deneget unzweifelhaft eine verderbte Lesart: abgesehen davon, daß es in der Zeitform nicht zu der Zeitform des von ihm abhängigen Satzes stimmt, giebt es überhaupt keinen Sinn. Demnach ist es gewiß gerechtfertigt, statt seiner gemäß der Pariser Handschrift Nr. 4458 (Y) und der Mommsenschen (dem codex Colladonianus C) zu setzen: id egit. Indessen ist mit dieser Aenderung allein ein befriedigender Sinn noch nicht gewonnen. Ulpian kann es nicht füglich der Mühe werth erachtet haben, zu erörtern, ob unser Interdict gegen jedermann wirke; auch ist seine Bemerkung, es wirke ausschließlich gegen denjenigen, welcher unbefugt eine Aenderung des Wasserlaufes verursacht habe, nur unter der Voraussetzung richtig, daß diese Aenderung infolge einer Anlage oder einer Einführung stattfindet. Wir müssen also zu dem omnes ergänzen: qui (in flumine ripave eius) quid faciunt aut (in id flumen ripamve eius) quid immittunt. Ulpian wiederholt danach ziemlich wörtlich das Nämliche, was er bereits in §. 3 der l. un. gesagt hat. [24]) Das egit aber geht auf eine Handlung des bezeichneten Inhalts, welche der Impetrat nach Erlaß des Interdictes vorgenommen

23) Vgl. oben Tit. 8 Ziffer 7 S. 279 f. — Dagegen dürfte die Analogie des interdictum Ne quid in via publica fiat für unser Interdict schwerlich etwas beweisen, während sie allerdings für die in Tit. 12 behandelten Interdicte zutrifft, welche die Flüsse als Wasserstraßen behandeln.

24) S. oben S. 515 f.

hat.[25]) Nun ſagt freilich §. 12 leg. un. h. t. von unſerm prohibitoriſchen Interdicte: pertinet ad ea, quae nondum facta sunt; allein er fügt hinzu: (quo) et si quid post interdictum redditum fuerit factum, coercebitur. Und eben von einer ſolchen, nach Erlaß des Interdictes vorgenommenen, Handlung iſt jenes id egit zu verſtehen. Damit fällt jeder innere Grund weg, den §. 9 auf das reſtitutoriſche Interdict zu beziehen. Der Umſtand, daß der §. 10 wahrſcheinlich von letzterm redet,[25a]) giebt keinen Anlaß, das Gleiche für den §. 9 anzunehmen.[25b]) Umgekehrt ſpricht gegen die Beziehung des §. 9 auf das reſtitutoriſche Interdict die Thatſache, daß bei dieſem die Haftbarkeit nicht ſowohl durch eine Handlung des Impetraten bedingt iſt, als vielmehr dadurch, daß er ein factum vel immissum habet: zu dieſer Vorausſetzung würde das qui id egit, wenn überhaupt, doch nur in überaus gezwungener Weiſe paſſen.[25c])

Anſcheinend von der Zuſtändigkeit unſeres Interdictes gegen die Erben deſſen, der mit demſelben erfolgreich hätte belangt werden können, redet l. un. §. 10 h. t.:

Hoc interdictum et in heredes competit.

Nun aber wiſſen wir, daß bei ſolchen prohibitoriſchen Interdicten, welche in Beziehung auf den Impetraten Vorausſetzungen aus Vergangenheit oder Gegenwart nicht haben,

25) Vgl. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1837 Ziffer 60 S. 353 f.

25a) S. unten den Text nach N. 25c.

25b) Wie Schmidt Interdiktenverfahren S. 161 und Mommſen ad h. t. es thun.

25c) Pferſche die Interdicte des römiſchen Civilproceſſes S. 158. Hiernach iſt meine Bemerkung in Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1837 Ziffer 60 S. 354 und Ziffer 67 S. 389 zu N. 31 zu berichtigen.

von einer paſſiven Vererbung nicht wohl die Rede ſein kann: ſie laſſen ſich gegen jedermann erwirken; ob der Impetrant etwa Anlaß gehabt hätte, ein derartiges Interdict gegen den Erblaſſer des jetzigen Gegners zu erbitten, kann gar nicht in Betracht kommen.[26]) Auch davon darf §. 10 nicht verſtanden werden, daß das gegen den Erblaſſer erwirkte Interdict den Erben verpflichte, wegen einer erſt von ihm ſelbſt vorgenommen Handlung die sponsio ex interdicto zu leiſten. Grundſätzlich bindet ein prohibitoriſches Interdict nur den Impetraten, nicht auch deſſen Erben; erſt daraus, daß der Impetrat dem Interdicte zuwider handelt, erwächſt eine Verbindlichkeit ſeiner Erben. Nur da verpflichtet die eigne Handlung des Erben dieſen zur sponsio aus dem gegen den Erblaſſer ergangenen prohibitoriſchen Interdicte, wo die Vorausſetzungen des Interdicts ſchon vor deſſen Erlaſſe und ohne denſelben eine vererbliche Rechtspflicht des Impetraten begründen, — wie bei den interdicta de migrando und Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est.[27])

Kurzum: auf unſer prohibitoriſches Interdict paßt §. 10 nicht. Er läßt ſich kaum anders verſtehen, als wenn wir ihn auf das entſprechende reſtitutoriſche Interdict beziehen, alſo vorausſetzen, daß er durch ein Verſehen aus ſeinem urſprünglichen Zuſammenhange verſchoben worden iſt. Dazu müſſen wir dann freilich noch weiter annehmen, daß er eine Verſtümmelung erlitten habe. Denn da das reſtitutoriſche Interdict ein factum sive immissum habere vorausſetzt, alſo ein thatſächliches Verhältniß, welches als ſolches auf den Erben nicht übergeht, ſo haftet der Erbe

26) S. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1837 Ziffer 67 S. 388.

27) S. Thl. 1 a. a. O. S. 391 ff. Thl. 2 §. 1838 Ziffer 88 S. 69 ff.

deſſen, der wegen dieſes habere mit dem Interdicte hätte belangt werden können, gar nicht als Erbe, ſondern als Inhaber der unzuläſſigen Anlage. Wir ſind alſo genöthigt, eine hierauf gerichtete Bemerkung Ulpians zu ergänzen, etwa: sed non quasi in heredes, sed quia habent, — wie wir bei ihm eine genau entſprechende Bemerkung hinſichtlich der paſſiven Vererbung der Noxalklagen in der That beſitzen. Er ſagt nämlich in l. 42 §. 2 D. de nox. act. 9, 4 im 37. Buche ſeines Edictscommentares von dieſen Klagen ebenfalls: competent — adversus successores, fügt jedoch bei: sed non quasi in successores, sed iure dominii.[28]) Es iſt ſehr möglich, daß eine derartige Bemerkung gerade infolge der durch ein Verſehen veranlaßten Verſchiebung des §. 10 weggefallen iſt: wurde er auf das prohibitoriſche Interdict bezogen, ſo war ſie allerdings gänzlich unverſtändlich.[29]) Uebrigens kann die damit vorausgeſetzte Auslaſſung einiger Worte an dieſer Stelle um ſo weniger überraſchen, als eine ähnliche Auslaſſung, wie wir geſehen haben, ohne Zweifel auch im §. 9 vorgekommen iſt. Sicherlich aber erklärt ſich die ſonſt mindeſtens überflüſſige Aeußerung über den paſſiven Uebergang des Interdictes am beſten, wenn wir annehmen, Ulpian habe die im Einzelfalle durch die Haftung des Erben, qui habet, leicht veranlaßte Meinung, er hafte als Erbe, ausdrücklich berichtigen wollen.

28) Vgl. auch l. 2 §. 38 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (Ulp. lib. 68. ad ed. S. oben S. 273): Habere eum dicimus, qui utitur et iure possessionis fruitur, sive ipse opus fecit, sive — hereditate — adquisiit.

29) S. Thl. 1 dieſer Serie §. 1837 Ziffer 66 S. 381 zu N. 6.

II. Das reſtitutoriſche Interdict gegen Anlagen in einem Fluſſe oder an deſſen Ufer, welche den Waſſerlauf gegenüber dem Sommer des Vorjahres ändern.

2. Auf dieſes Interdict beziehen ſich, von dem eben beſprochenen §. 10 abgeſehen, der nach der vorſtehenden Ausführung ebenfalls hierher gehört, die §§. 11—13 der l. un. h. t.

Den Wortlaut des Interdictes überliefert §. 11:

Deinde ait praetor: Quod in flumine publico ripave eius factum sive quid in [30]) flumen ripamve eius immissum habes, si ob id aliter aqua fluit, atque uti priore aestate fluxit, restituas.

Es verhält ſich danach dieſes Interdict zu dem entſprechenden prohibitoriſchen genau ebenſo, wie die prohibitoriſchen Interdicte wegen einer Anlage, welche die Benutzung eines öffentlichen Weges oder die Schifffahrt beeinträchtigt, zu den reſtitutoriſchen wegen einer ſolchen Anlage: die prohibitoriſchen Interdicte wollen künftige Anlagen derart verhüten, die reſtitutoriſchen die Beſeitigung bereits beſtehender bewirken. Eben deshalb kann die Beſeitigung einer bereits beſtehenden Anlage mittels des prohibitoriſchen Interdictes nur dann erzwungen werden, wenn und ſoweit dieſelbe erſt post interdictum redditum gemacht worden iſt.

L. un. §. 12 h. t.:

Hoc interdictum restitutorium proponitur: superius enim prohibitorium est et pertinet ad ea, quae nondum facta sunt . si quid igitur iam factum est, per hoc interdictum restituetur: si quid ne fiat prospici-

30) id *ins.* Schmidt Interdictenverfahren S. 155 N. 6, unter Hinweis auf das reſtitutoriſche Interdict in l. 1 §. 19 D. de flum. 43, 12 (ſ. oben S. 512).

tur, superiore interdicto erit utendum, [31]) et si quid post interdictum redditum fuerit factum, coercebitur. [32])

In gleicher Weiſe wie die beiden anderen reſtitutoriſchen Interdicte wegen verbotener Anlagen geht auch unſer Interdict nicht gegen denjenigen, der ſie gemacht hat, als ſolchen, ſondern gegen denjenigen, der die Anlage innehat. [33])

Schließlich fügt Ulpian hier, wie in ſeinem Commentar zum reſtitutoriſchen Interdicte wegen verbotener Anlagen auf öffentlichen Wegen, [34]) noch bei, daß nach Labeos Anſicht das reſtitutoriſche Interdict, wiewohl es eine Clauſel über dolo habere desiisse nicht enthält, billigerweiſe auch gegen denjenigen erfolgreich wirken müſſe, der die ihn haftbar machende Innehabung dolos aufgegeben habe.

L. un. §. 13 h. t.:

In hoc interdicto restitutorio non est iniquum, ut *Labeo* ait, venire etiam, quod dolo factum est, quo minus haberes.

Es iſt bekannt, daß dieſe Anſicht allgemeine Billigung gefunden hat. [35])

Nach ſeinem Wortlaute iſt das Interdict wirkungslos, wenn die durch eine unbefugte Anlage veranlaßte Aenderung des Waſſerlaufes bereits den Sommer des Vorjahres hin-

31) quo *ins.* M.

32) Vgl. l. 2 §. 17, l. 7 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (ſ. oben S. 235); l. un. §. 3 (ſ. oben S. 515 f. u. S. 516), §. 8 h. t. (ſ. oben S. 522 f.) und dazu Thl. 1 dieſer Serie §. 1837 Ziffer 60 S. 349 f. N. 46.

33) S. oben Tit. 8 Ziffer 6 S. 272 und Tit. 12 Ziffer 9 S. 513. L. 2 §. 35 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (oben S. 271), l. 1 §. 21 D. de flum. 43, 12 (oben S. 513).

34) L. 2 §. 42 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (oben S. 275).

35) Vgl. Thl. 1 dieſer Serie §. 1837 Ziffer 58 S. 336 f.

durch in der gleichen Weise bestanden hat: alsdann ist das Recht auf Wiederherstellung des frühern Zustandes verjährt.[36]) Es gehört zur Klagbegründung der actio ex sponsione wie der actio arbitraria ex interdicto, daß die angefochtene Anlage den Wasserlauf gegenüber dem Sommer des Vorjahres geändert habe; Kläger hat demnach zu erweisen, daß beim Erlasse des Interdicts der Wasserlauf ein andrer gewesen ist, als in jenem Sommer.[37])

36) Vgl. oben Ziffer 1 N. 21 a. E. S. 524.
37) Vgl. oben Ziffer 1 S. 524 zu N. 22.

Lib. XLIII. Tit. XIV.

Ut in flumine publico navigare liceat. [1])

Basil. LVIII, 16.

1. Wie neben den Interdicten zum Schutze öffentlicher Wege gegen nachtheilige Anlagen das Interdict ſteht Ut via publica ire agere liceat, ſo ſteht neben den Interdicten zum Schutze der Schifffahrt gegen nachtheilige Anlagen das interdictum Ut in flumine publico navigare liceat.

L. un. §. 1 h. t.:

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Hoc interdicto prospicitur, ne quis flumine publico navigare prohibeatur: sicuti enim ei, qui via publica uti prohibeatur, interdictum supra propositum est, [2]) ita hoc quoque proponendum praetor putavit.

Seinen Wortlaut giebt l. un. pr. init.:

Praetor ait: Quo minus illi in flumine publico navem ratem agere quove minus per ripam [3]) onerare exonerare liceat, vim fieri veto.

1) Unterholzner Schuldverhältniſſe Bd. 2 §. 386 S. 162 f. Heimbach im Rechtslexikon Bd. 5 S. 625—627.
2) L. 2 §. 45 D. ne quid in loco publ. 43, 8. S. oben Tit. 8 Ziffer 7 S. 278 ff.
3) eius *ins.* M.

Aehnlich dem interdictum Ut via publica ire agere liceat verbietet unſer Interdict ſolche Behinderungen an der Benutzung eines Fluſſes zur Schifffahrt, welche nicht aus Anlagen im Fluſſe oder am Ufer und aus Immiſſionen darin drohen. Wir beſitzen zwar keinen unmittelbaren Beleg für die Popularnatur unſeres Interdictes; allein die Analogie des interdictum Ut via publica ire agere liceat, für welches eben dieſe Natur ſicher bezeugt iſt, [4]) ſtellt ſie auch für unſer Interdict außer Frage. [5]) Es richtet ſich alſo gegen eine nicht durch Anlagen bewirkte Behinderung in der Schifffahrt, welche ſich nicht auf einen beſtimmten Einzelnen oder mehrere beſtimmte Einzelne beſchränkt, und gegen welche daher die actio iniuriarum der geeignete Rechtsbehelf ſein würde, [6]) — ſondern welche den Gemeingebrauch beeinträchtigt. Dahin gehört z. B. das Verlegen des Fahrwaſſers mit einem andern Fahrzeuge ohne zwingenden Grund; das Bedrohen mit gewaltſamer Verhinderung an der Benutzung der Waſſerſtraße, ſei es aus bloßem Uebermuthe, ſei es um einen Zoll zu erzwingen; und, wie das Interdict ſelbſt hervorhebt, namentlich auch das Verbot oder die Erſchwerung des Einladens und des Löſchens der Fracht.

2. Im Anſchluſſe an das eben beſprochene Interdict verheißt das Edict ein Interdict zum Schutze der Schifffahrt auf einem öffentlichen See, in einem öffentlichen Canale, auf einem öffentlichen Sumpfe.

L. un. pr. i. f. h. t.:

item ut per lacum fossam stagnum publicum navigare liceat, interdicam.

Die in l. un. §§. 3—5 h. t. gegebene Begriffs-

4) S. oben Tit. 8 Ziffer 7 S. 279 f.
5) S. Thl. 1 dieſer Serie §. 1835 Ziffer 8 S. 54 ff.
6) L. 13 §. 7 D. de iniur. 47, 10 (ſ. oben S. 171 f.).

bestimmung der hier aufgezählten Arten von Gewässern haben wir schon oben kennen gelernt.[7]) Derartige Gewässer unterliegen durchaus nicht alle dem Gemeingebrauche, wie die perennirenden Wasserzüge, wohl aber thun es einzelne von ihnen.

L. un. §. 6:

Possunt autem etiam haec (sc. lacus fossa stagnum) esse publica.

Der Grund des Gemeingebrauches an solchen Gewässern aber ist entweder ein natürlicher und insofern nothwendiger oder ein zufälliger.

In manchen Fällen entziehen Landseen durch ihre Ausdehnung und Tiefe, Sümpfe durch die hochgradige Durchtränkung ihres Bodens die von ihnen eingenommene Grundfläche wie das von derselben umschlossene Wasser nach der Ansicht der Umwohner der Eigenthumsherrschaft des Menschen;[8]) dann besteht an ihnen naturgemäß der Gemeingebrauch: sie sind publica nicht nur in dem Sinne der Herrenlosigkeit, sondern zugleich in dem Sinne, daß sie dem Gemeingebrauche unterliegen. Künstliche Betten aber für perennirendes fließendes Wasser sind in dem Falle dem Eigenthume mit rechtlicher Nothwendigkeit entzogen, wenn und soweit sie an die Stelle natürlicher Gerinne getreten sind. Alsdann jedoch werden sie hinsichtlich des Gemeingebrauches ganz wie natürliche Wasserzüge mit perennirendem Wasser, d. h. als flumina publica behandelt;[9]) besondere Grundsätze für sie sind deshalb nicht erforderlich.

Außerdem aber kann ein unzweifelhaft im Eigenthume des Staates, einer Gemeinde, oder einer Privatperson befindlicher Landsee, Teich, Sumpf, und ebenso das künstliche

7) Tit. 12 Ziffer 2 S. 354 f.
8) S. oben a. a. O. S. 355.
9) L. 1 §. 8 D. de flum. 43, 12 (s. oben S. 345).

Bette für perennirendes fließendes Waſſer, welches nicht an die Stelle eines natürlichen getreten iſt, vielmehr beliebig jederzeit dem Durchlauf des Waſſers verſchloſſen werden kann und deshalb in dem einmal daran begründeten Eigenthume geblieben iſt, [10]) durch Verfügung der zuſtändigen Behörde oder durch unvordenkliche Uebung, ja, ſoweit jene Gewäſſer Eigenthum Privater ſind, durch ordentliche Erſitzung dem Gemeingebrauche unterworfen, [11]) in dieſem Sinne alſo res publica ſein.

Auf die ſtehenden Gewäſſer nun, welche aus einem beider Gründe dem Gemeingebrauche unterliegen, wie auf die künſtlichen Gerinne für perennirendes Waſſer, welche es aus dem zweiten Grunde thun, bezieht ſich das verheißene Interdict. Daß es nicht auch für Privatgewäſſer, d. h. alſo nicht im Gemeingebrauche befindliche Gewäſſer, verheißen ſei, hebt Ulpian ausdrücklich hervor.

L. un. §. 2:

Si privata sunt supra scripta, interdictum cessat.

Vermuthlich war das verheißene Interdict wohl auch beſtimmt zum Schutze der kraft des Gemeingebrauchs geübten Schifffahrt auf den bezeichneten Gewäſſern gegen Anlagen im und am Waſſer; gegen ſolche würde ſonſt jene Schifffahrt hier ganz ſchutzlos geweſen ſein, da ſich die in Titel 12 erörterten Interdicte ausſchließlich auf flumina publica beziehen. Wahrſcheinlich jedoch behielt ſich der Prätor die Entſcheidung darüber vor, ob er im Einzelfalle wegen einer derartigen Behinderung das Interdict ertheilen wolle. Und dazu hatte er guten Grund, ſoweit die in Frage kommende Schifffahrt einem Gemeingebrauche entſprang, der auf Verfügung der zuſtändigen Behörde oder vollends auf Erſitzung oder unvordenklicher Uebung beruhte.

10) Vgl. Tit. 12 Ziffer 2 S. 345 zu N. 2.
11) Vgl. oben Tit. 7 Ziffer 3 S. 30 f., Ziffer 10 S. 137 ff.

Denn eben jene Verfügung oder eben diese Ersitzung oder unvordenkliche Uebung stellt nicht blos das Vorhandensein des Gemeingebrauchs fest, sondern zugleich auch den Umfang, in welchem derselbe stattfindet, und so namentlich auch, ob und wie weit er sich auf die Ufer erstreckt. Wenn aber und soweit das Interdict die Schifffahrt gegen Anlagen schützte, that es dies gewiß nicht nur, indem es solche für die Zukunft untersagte, sondern auch, indem es den Impetranten, der eine hindernde Anlage gemacht hatte, durch das Verbot der Behinderung zu deren Beseitigung nöthigte,[11a]) für die von ihm nicht gemachte Anlage aber dem Impetranten die patientia destruendi sicherte, sofern in deren Nichtgewährung eine vis liegt, quo minus navigare liceat.[11b])

Uebrigens ist mir keine neuere Anwendung des proponirten oder vollends des verheißenen Interdictes bekannt geworden: in der Gegenwart scheint der Schutz der Verwaltungsbehörden die ungehinderte Ausübung der Schifffahrt soweit genügend zu sichern, als nicht Anlagen sie beeinträchtigen.

3. Bei Gelegenheit der Erwähnung von Landseen, Teichen, Sümpfen gedenkt Ulpian in l. un. §. 7 auch des Falles, wenn der Staat ein derartiges ihm gehöriges Gewässer verpachtet hat. Er gewährt dem Pächter, der an der Befischung dieses, dem Gemeingebrauche demnach jedenfalls hinsichtlich der Fischerei nicht unterliegenden, Gewässers gehindert wird, nach Labeo und Sabinus das interdictum de loco publico fruendo, das er dann weiter auch für das von einer Gemeinde verpachtete Gewässer gleicher Art anwendet. Es genügt hier, auf unsere Ausführung in Titel 9 Ziffer 1 S. 290 ff. zu verweisen.

11a) Vgl. Thl. 1 dieser Serie §. 1837 Ziffer 63 S. 369 ff., Ziffer 64 S. 374.

11b) Vgl. das. Ziffer 62 S. 362.

4. Schützt also der Prätor den Gemeingebrauch, soweit derselbe in der Schifffahrt auf Flüssen und Gewässern des Landes besteht, in umfassender Weise durch Interdicte, so zeigt er sich nicht in gleicher Weise willfährig zum Schutze jeder andern Art des Gemeingebrauches an Flüssen. Insbesondere giebt er demjenigen, der die Zutrift von Vieh an einen öffentlichen Fluß dadurch bequemer machen will, daß er das Ufer abböscht, kein Interdict gegen Behinderung in diesem Vorhaben.

L. un. §. 8 h. t.:

Si quis velit interdictum tale movere, ut locus deprimatur pecoris appellendi gratia, non debet audiri: et ita Mela scribit.

Soweit dagegen der Gemeingebrauch eines Weges auch die Viehtrift zu einem Flusse einschließt, wird selbstverständlich auch sie geschützt durch das interdictum Ut via publica ire agere licet. Hierauf bezieht sich, wie wir in Titel 12 Ziffer 7 S. 495 gesehen haben, l. un. §. 9, hinsichtlich dessen wir auf jene Ausführung verweisen.

Lib. XLIII. Tit. XV.

De ripa munienda.[1])

Basil. LVIII, 16.

Wie der Prätor die Ausbeſſerung eines öffentlichen Weges durch ein beſonderes Interdict ſchützt, ſo hat er ein ſolches auch aufgeſtellt, um Arbeiten zu ſchützen, welche bezwecken, die Ufer eines öffentlichen Fluſſes und die durch den Fluß gefährdete Länderei zu ſichern. Für beide Fälle war ein Schutzmittel deshalb dringend geboten, weil beim Mangel geſetzlicher Vorſchriften über Wege- und über Uferbaulaſt die Inſtandhaltung der öffentlichen Wege und die Sicherung der Flußufer und des benachbarten Geländes, ſoweit die eine wie die andere nicht etwa vonſeiten des Staates oder der Gemeinde vorgenommen wurde, der freien Entſchließung der Betheiligten überlaſſen blieb, die dabei nach eignem Ermeſſen vorgingen. Führte nun ſchon die willkürlich unternommene Wegebeſſerung leicht zur Benachtheiligung Dritter, welche ſich dann begreiflicherweiſe dem Unternehmen widerſetzten, ſo mußte das in noch viel höherm Maße der Fall ſein bei Uferbauten, deren Wirkung oft weite Landſtriche gefährdet. Der möglichſten Ausgleichung der verſchiedenen Rückſichten dienen eben die erwähnten Interdicte.

1) Unterholzner Schuldverhältniſſe Bd. 2 §. 419 S. 208 f. Heimbach im Rechtslexikon Bd. 5 S. 570 f.

L. un. §. 1 D. h. t.:

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Ripa fluminum publicorum reficere munire utilissimum est . sicuti igitur de via publica reficienda interdictum propositum est, ita etiam de ripa fluminis munienda proponendum fuit.

Den Wortlaut des interdictum de ripa munienda überliefert l. un. cit. pr.:

Praetor ait: Quo minus illi in flumine publico ripave eius opus facere ripae agrive, qui circa ripam est, tuendi causa liceat, dum ne ob id navigatio deterior fiat, si tibi damni infecti in annos decem viri boni arbitratu vel cautum vel satisdatum est, aut per illum non stat, quo minus viri boni arbitratu caveatur vel satisdetur, vim fieri veto.

Wie die verbindliche Kraft des interdictum de via publica munienda dadurch ausgeschlossen wird, daß die vom Impetraten gehinderte Ausbesserung den Weg verschlechtert, d. h. dessen Benutzung für irgend jemanden erschwert, [2]) so bleibt das interdictum de ripa munienda wirkungslos, wenn der Impetrat nachweiset, daß durch die Uferbauten, welche er zu verhindern sucht, die Schifffahrt leiden würde. [3])

L. un. §. 2:

Merito adicit: „dum ne ob id navigatio deterior fiat:“ illa enim sola refectio toleranda est, quae navigio non est impedimento.

Dementsprechend ist gegenüber den Interdicten wegen solcher Anlagen, welche die Schifffahrt beeinträchtigen, wie wir gesehen haben, die Einrede schlechthin ausgeschlossen, jene Anlagen geschehen zwecks des Uferschutzes. [3a])

2) S. oben Tit. 11 Ziffer 1 S. 316 f.

3) Vgl. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1837a Ziffer 73 S. 466 f.

3a) S. oben Tit. 12 Ziffer 8 S. 511 f.

Indeſſen hielt der Prätor die Vornahme von Uferbauten auch dann nicht immer für ſchutzwürdig, wenn dieſe Bauten die Schifffahrt nicht zu beeinträchtigen drohen. Kommt bei der Ausbeſſerung eines Weges als ſolcher lediglich die Rückſicht darauf in Betracht, daß die Benutzbarkeit des Weges ſelbſt nicht beeinträchtigt werde, ſo dürfen auch ſolche Uferbauten, welche für die Schifffahrt ganz unbedenklich ſind, doch nur dann Schutz beanſpruchen, wenn ſie die Grundſtücke im Flußgebiete nicht gefährden. Nun aber iſt eine derartige Gefährdung in vielen Fällen wohl mehr oder weniger wahrſcheinlich, aber keineswegs gewiß, und noch weit ungewiſſer iſt ihre Größe. Soll ihretwegen alſo nicht das Unternehmen unbedingt unterbleiben, ſo erſcheint es geboten, daß der Unternehmer ſie mittels einer cautio damni infecti auf ſeine Rechnung übernehme. Und dieſen Ausweg hat der Prätor gewählt: das Interdict zum Schutze von Uferbauten iſt nur dann wirkſam, wenn und ſolange der Impetrant alles ihm hinſichtlich der Leiſtung jener Caution Obliegende gethan hat. [4])

In der unbedingten Nothwendigkeit der cautio damni infecti liegt eine weſentliche Verſchiedenheit unſeres Interdicts vom interdictum de via publica reficienda. Gegenüber der Bitte um Erlaß des letztern konnte ohne Zweifel der Impetrat unter Umſtänden jene Caution fordern, [4a])

4) Vgl. Thl. 1 §. 1837a Ziffer 73 S. 467 f. und die Berichtigung dazu in Thl. 2 a. E. — Die Feldmeſſer betonen wiederholt, daß Vorausſetzung für den Uferſchutz deſſen Gefahrloſigkeit für die Anlieger bilde. Frontin. de controv. agr. p. 51 v. 1 sq.: et iure continetur, ne quis ripam suam in iniuriam vicini munire velit. Hygin. de gen. controv. p. 124 v. 16 sq. (oben S. 367). Aggen. Urb. p. 16 v. 27 sq. p. 17 v. 11 sq. Boeth. p. 399 v. 18 sqq. p. 400 v. 1 sq. (oben S. 367 f. N. 72).

4a) Cf. l. 31 pr. D. de damno inf. 39, 2: (Paul. lib. 68.

und zwar mit der Wirkung, daß das Interdict nicht ertheilt wurde, wenn die Caution unterblieb. Aber die Leistung der Caution bildete keine selbstverständliche Voraussetzung für die Wirksamkeit des Interdicts. [4b])

Nach der Fassung des proponirten Interdictes soll die Caution auf zehn Jahre bestellt werden, und zwar bald als einfache Verbalcaution, bald als satisdatio, also mit Bürgen.

L. un. §. 3:

Is autem, qui ripam vult munire, de damno futuro debet cavere vel satisdare secundum qualitatem personae: et hoc interdicto expressum est, ut damni infecti in annos decem [4c]) viri boni arbitratu vel caveatur vel satisdetur.

Bestritten ist es, wieso die qualitas personae darüber entscheidet, ob Verbalcaution genüge, oder vielmehr Satisdation zu leisten sei. Irnerius sah gemäß l. 1 §. 6 i. f. D. de stip. praet. 46, 5 Verbalcaution dann als ausreichend an, wenn der Cavent suo nomine cavirt; andere Glossatoren hielten sie für genügend, wenn er honestae vitae probataeque ist. Nach der ersten der von Accursius zusammengestellten Ansichten dagegen entscheidet gemäß l. 8 §§. 2 sq. D. de O. N. N. 39, 1 [5]) die Person

ad ed.) Qui vias publicas muniunt, sine damno vicinorum id facere debent.

4b) Vgl. Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39 und 40 Thl. 2 S. 171 f. N. 60.

4c) Cf. l. 7 pr. med. D. de damno inf. 39, 2 (Ulp. lib. 53. ad ed.) Praetor ait: — de eo opere, quod in flumine publico ripave eius fiet, in annos decem satisdari iubebo. l. 15 §. 2 eod. Dazu Burckhard a. a. O. S. 477 ff.

5) Paul. lib. 48. ad ed.: §. 2. Si cum possem te (meo *ins.* Goudsmit) iure prohibere, nuntiavero tibi opus

deſſen, der die Caution verlangt. Thut er dies in eignem Namen, ſo kann er Realſicherheit begehren; thut er es zwecks Wahrnehmung des allgemeinen Beſten, ſo muß ihm Verbalcaution genügen. [6]) Die letzte Anſicht ſtellt ſich als die richtige dar nach l. un. §. 4:

Dabitur autem satis vicinis: sed et his, qui trans flumen possidebunt.

Realſicherheit können alſo die Flußanlieger fordern, und zwar ſowohl diejenigen des nämlichen Ufers, an dem die Schutzbauten vor ſich gehen, als diejenigen des jenſeitigen. Es iſt klar, daß ihr Anſpruch auf ihrem eignen Intereſſe beruht, daß ſie m. a. W. die Caution suo nomine begehren. [7])

Die cautio damni infecti gewährt übrigens Erſatz nur für ſolchen Schaden, der nach ihrer Beſtellung eintritt. Deshalb empfiehlt Ulpian, jene Caution ſofort zu verlangen, ſobald jemand mit Uferbauten beginnt. Das Mittel aber, ſie zu erzwingen, liegt in der Behinderung der Bauten; will ſich der Unternehmer gegen die Behinderung durch unſer Interdict ſichern, ſo muß er ſelbſt erſt die Caution beſtellen. Iſt er dagegen mit ſeiner Anlage fertig geworden, ſo bedarf er des Interdictes nicht mehr; und ſomit fehlt es nun dem durch die Anlage Gefährdeten an der Gelegenheit, die Caution zu erlangen; [8]) wegen eines

novum, non alias aedificandi ius habebis, quam si satisdederis. §. 3. Quod si nuntiavero tibi, ne quid contra leges in loco publico facias, promittere debebis, quoniam de eo opere alieno iure contendo, non meo, et tanquam alieni iuris petitor repromissione contentus esse debeo.

6) Glossa ad h. l. v. *qualitatem*.

7) Burckhard a. a. O. S. 479 f. N. 47.

8) Burckhard a. a. O. S. 174 f. S. 266 f.

eintretenden Schadens ſteht ihm jetzt nur die actio legis Aquiliae zugebote.

L. un. §. 5:

Etenim curandum fuit, ut eis ante opus factum caveretur: nam post opus factum persequendi hoc interdicto nulla facultas superest, etiamsi si quid damni postea datum fuerit, sed lege Aquilia experiendum est.

Endlich bemerkt Ulpian, daß unſer Interdict, obwohl nur für Uferbauten an öffentlichen Flüſſen lautend, auch auf Uferbauten an Landſeen, Canälen, Sümpfen erſtreckt werde.

L. un. §. 6:

Illud notandum est, quod ripae lacus fossae stagni muniendae [9]) nihil praetor hic cavit: sed idem erit observandum, quod in ripa fluminis munienda.

Doch gilt dies ohne Zweifel nur, wenn jene Gewäſſer dem Gemeingebrauche unterliegen.

Wie das interdictum de via publica reficienda infolge der Thatſache außer Anwendung gekommen iſt, daß für öffentliche Wege allgemein eine Baulaſt beſtehe, [10]) ſo iſt auch unſer Interdict außer Uebung, weil der Uferbau entweder ebenfalls eine Pflicht der Betheiligten iſt, die als ſolche unter Leitung und Oberaufſicht der Behörde erfüllt werden muß; oder, ſoweit er dies nicht iſt, unmittelbar ſeitens des Staates, beſonderer Verbände oder der Gemeinden vorgenommen wird.

Uebrigens darf heute eine Behinderung des Uferſchutzes, welche Erlangung der cautio damni infecti bezweckt, nur ſoweit für befugt gelten, als es ſich um die Gefährdung des Hindernden ſelbſt handelt: ſo wenig heute ein römiſches Popularinterdict einem Andern zuſteht, als dem perſönlich Intereſſirten, ſo wenig kann es ſtatthaft erſcheinen, cautio

9) So iſt mit Mommſen zu leſen, nicht: muniendi.
10) Vgl. oben Tit. 11 Ziffer 1 S. 319.

damni infecti wegen der Gefährdung der Intereſſen Dritter oder gar des öffentlichen Beſten zu begehren. [11]) Eben deshalb dürfte heute die Leiſtung einer cautio damni infecti wegen eines jeden möglichen Schadens, der aus Uferſchutzbauten erwachſen könnte, nicht mehr als Vorausſetzung des Interdictes gelten, wenn es etwa zur Anwendung kommen ſollte.

11) Vgl. l. 1 §. 17 D. de O. N. N. 39, 1: (Ulp. lib. 52. ad ed.) Nuntiamus, — si quid contra leges edictave principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt, fiet, vel in sacro vel in loco religioso, vel in (flumine *ins.*) publico ripave fluminis, quibus ex causis et interdicta proponuntur. S. Tit. 13 Ziffer 1 S. 522 zu N. 16a.

Quellenverzeichniß.

(Die größere arabiſche Ziffer bezeichnet die Seite, die kleinere die Note; ein vorgeſetztes †, daß die Stelle ganz oder theilweis abgedruckt iſt.)

Adolphus I.

Constitutio de insulis in flumine natis v. J. 1294 477 † 478_{43}

Basilica

XLVI, 3, 4 † 449_{27}
LVIII, 8, 5 † 222_{19}
Scholion 30 ad LX, 4, 5 §. 5 † 53_{60}
LX, 32, 5 † 52 f.$_{60}$.

Bayeriſches Geſetz

v. 28. Mai 1852, die Benützung des Waſſers betr.
Art. 1 485
Art. 2 486
Art. 39 † 486 f.$_{92}$ ^{a} 487_{92} ^{a}
Art. 40 487_{93} ^{a} bis
Art. 53 † 490_{65}
Art. 54 † 487_{93} ^{a}
Art. 58 † 493_{70}

Cicero

de prov. consul. 5, 12 † 285_{3} ^{a}
top. 7, 32 225_{31}
in Verr. II lib. 3 c. 6 §. 13 † 285_{3} ^{a}

Code civil

art. 563 † 368_{75}

Deutſchenſpiegel

c. 138 † 475_{88}

Entwurf eines bürgerlichen Geſetzbuches für das Deutſche Reich

§§. 819 f. 309.

Festus de verborum significatione

s. v. rivus † 326_{1} ^{b}
— viae † 211

Feudorum libri

II, 56 477_{88}

Fridericus I.

Constitutio de regalibus v. J. 1158 476 f.

Frontinus de aquis urbis Romae

c. 97 ed. Bücheler p. 37 (Poleni p. 170) † 337_{15}
c. 126 ed. Bücheler p. 48 (Poleni p. 213) † 205_{68}

Gaius institutiones

II, 4 sq. 2_{2}
—, 6 3_{2}
—, 8 4_{2}
—, 9 11_{26}
—, 65 386 † 386_{92}
—, 66 386 † 386_{92}
—, 69 † 386_{92} ^{a}
—, 70 373 † 386
—, 72 378 † 403 407_{14} 408_{27} 419 bis

III, 145 † 299_{36}
IV, 28 286
—, 3_3 287
—, 168 † 7

Görlitzer Landrecht

c. 34 l. 1 † 476_{34}

Gromatici veteres (ed. Lachmann)

p. 16 v. 25—p. 17 v. 2 (Agg. Urb.) † 871
v. 27 sq. (Agg. Urb.) 540_4
p. 17 v. 5—16 (Agg. Urb.) 367_{72}
v. 11 sq. (Agg. Urb.) 540_4
v. 16—22 (Agg. Urb.) 359_{55}
v. 22—28 (Agg. Urb.) † 359_{55}
v. 25 sqq. (Agg. Urb.) 361_{66}
v. 27 sq. (Agg. Urb.) 361_{65}
p. 17 sq. (Frontin. de controv. I) 105_{35}
p. 20 v. 7—p. 21 v. 1 (Frontin. de controv. I) † 368_{69}
p. 21 v. 8—p. 22 v. 1 sq. (Frontin. l. c.) † 205_{23}
v. 25 sq. (Agg. Urb.) † 378_{85}
p. 22 v. 9—p. 23 v. 4 (Frontin. l. c. 106_{35}
p. 26 v. 2 (Frontin. l. c.) 209_6
p. 49 v. 17—p. 50 v. 7 (Frontin. lib. II.) † 371 f. 387_{100}
p. 50 v. 8—20 (Frontin. l. c.) † $364_{69}{}^a$
v. 10 sqq. (Frontin. l. c.) 364_{69}
v. 20 (Frontin. l. c.) 359_{55}
v. 22 (Frontin. l. c.) 359_{55}
p. 51 v. 1 sq. (Frontin. l. c.) † 540_4
v. 3—17 (Frontin. l. c.) † 360_{59}
v. 20—p. 52 v. 13 (Frontin. l. c.) 361 f.$_{66}$
p. 52 v. 14—p. 53 v. 15 (Frontin. l. c.) 105_{35}
p. 53 v. 9 sqq. (Frontin. l. c.) † 106_{35}
p. 54 v. 1—7 (Frontin. l. c.) 361_{66} † 363_{59}
p. 55 v. 19 sq. (Frontin. l. c.) $364_{69}{}^a$ † 377 f.
p. 56 v. 20 sq. (Frontin. l. c.) $20_3{}^b$
p. 58 v. 12 sq. (Frontin. l. c.) † 205_{23} 212_{18}
p. 82 v. 7—p. 84 v. 10 (Agg. Urb.) 371_{77}
p. 87 v. 20 sq. (Agg. Urb.) † $20_3{}^b$
p. 115 v. 15—p. 116 v. 4 (Hygin. de controv. agr.) $357_{53}{}^b$
v. 15 sqq. † $374_{79}{}^a$
p. 116 v. 5—15 (Hygin. l. c.) 299_{29}
p. 120 v. 7—12 (Hygin. de condic. agror.) † 358 f.$_{58}$
v. 22—p. 121 v. 1 (Hygin. l. c.) † 205_{23}
p. 124 v. 3—7 (Hygin. de gener. controvers.) † $327_3{}^c$
v. 11—p. 125 v. 4 (Hygin. l. c.) $328_3{}^d$ † 367 387_1 399_{16}
v. 16 sq. (Hygin. l. c.) 540_4
p. 125 v. 5—18 (Hygin. l. c.) † 359_{55}
v. 10—14 † 360_{60}
v. 14—18 361_{65}
v. 19—p. 126 v. 2 (Hygin. l. c.) $357_{53}{}^b$
p. 128 v. 5 sqq. (Hygin. l. c.) † 207_1
p. 132 v. 24—p. 133 v. 16 (Hygin. l. c.) 363_{69}
p. 146 v. 6 sqq. (Sicul. Flacc. de condic. agror.) † 210 f.$_{13}$
v. 15 sqq. (Sicul. Flacc. l. c.) † 207_2
p. 147 v. 2 sqq. (Sicul. Flacc. l. c.) † 208
p. 150 v. 24—p. 151 v. 5 (Sicul. Flacc. l. c.) † 327 f. 368_{75}
p. 152 v. 1 sqq. (Sicul. Flacc. l. c. 209_6
v. 8 sq. (Sicul. Flacc. l. c.) † 211_{13}
v. 23—p. 153 v. 6 (Sicul. Flacc. l. c.) $357_{53}{}^b$ † $374_{79}{}^a$
p. 157 v. 18—20 (Sicul. Flacc. l. c.) † 358_{57} 359_{59}
v. 18—25 (Sicul. Flacc. l. c.) 363_{67}
v. 18—p. 158 v. 7 (Sicul. Flacc. l. c.) † 358_{58}
p. 158 v. 2—5 (Sicul. Flacc. l. c.) † 360_{61}

v. 5—7 (Sicul. Flacc. l. c.) 361_{64}
v. 5—8 (Sicul. Flacc. l. c.) $357_{33}{}^{b}$
v. 8 sqq. (Sicul. Flacc. l. c.) 205_{33}
p. 168 v. 2 sq. (Hygin. de limit. constit.) 212_{15}
p. 169 v. 7 sqq. (Hygin. l. c.) † $30_{26}{}^{a}$ 212_{15}
p. 197 v. 10—13 (Hygin. l. c.) † 363_{65}
p. 399 v. 16—p. 400 v. 7 (Boeth. demonstr. art. geometr.) † 367 f.$_{72}$
p. 399 v. 18 sqq. (Boeth. l. c.) 540_{4}
p. 400 v. 1 sq. (Boeth. l. c.) 540_{4}

Hannoversche Gesetze

Ges. v. 22. Aug. 1847 über Entwässerung und Bewässerung der Grundstücke u. s. w. 466 468 469
§§. 19 ff. $466_{17}{}^{a}$
§. 53 149
— unter 2 $466_{17}{}^{a}$
§. 59 466
§. 60 Nr. 1 † 150 469_{24}
— 3 † 150 † 469_{24}
— 4 † 469_{24}
§. 61 468
§. 65 $466_{17}{}^{b}$
§. 109 469_{24}
Ges. v. 7. Januar 1863, die Abstellung der Berechtigungen auf Streugewinnung in Forsten betr. 134.
Bekanntmachung des Ministeriums des Innern v. 2. Februar 1863, die Ausführung jenes Gesetzes betr., §. 5 † 134 f.

Inscriptiones (Orelli)

II nr. 259 † $30_{26}{}^{a}$

Isidorus Hispal. origines

XV, 161 5 † 206_{97} † $_{98}$ 209 † 210_{12}

Justinianus

Codex
I, 2 de sacrosanct. eccl. l. 1 pr. † 11_{26}
l. 23 pr. 18 f.$_{2}$
III, 34 de serv. et de aq. l. 6 † 155_{94} 483_{33}
l. 7 † 154. 155_{94} 163_{5} 463_{15} 483_{33}
l. 10 483_{33}
l. 11 219
l. 13 $352_{49}{}^{a}$
l. 14 $352_{49}{}^{a}$
—, 35 de lege Aquil. l. 2 483_{33}
IV, 33 de naut. foen. l. 4 (3) † 509_{7}
—, 65 de loc. et cond. l. 6 † $286_{3}{}^{b}$
—, 66 de emphyt. iure l. 1 299_{30}
VII, 30 comm. de usuc. l. 2 88_{22}
—, 41 de adluv. et palud. l. 1 † 375_{80} † 390 † 503 f. † 520
l. 3 373
—, 43 quom. et quando l. 3 Berichtigungen und Zusätze zu S. 155 N. 94 a. E.
VIII, 11 (12) de oper. publ. l. 6 † 147. $156_{94}{}^{b}$
—, 52 (53) quae sit longa consuet. l. 1 155_{94}
XI, 27 (26) de naut. Tib. l. un. † 509_{6}
—, 43 de aquaed. l. 2 † 337_{13}
l. 4 † 155 † 337 f.$_{15}$ 463_{15}
l. 6 pr. 162_{5}

Digesta
I, 1 de J. et J. l. 1 §. 3 342_{26}
l. 4 65_{75}
—, 8 de D. R. tit. 160_{1}
l. 1 pr. 4_{3} 5_{10} 11_{26} † 18 f.
20 † $20_{2}{}^{b}$ 21_{3} † 32
† 32 f.$_{37}$ † 36
l. 2 pr. † 20 † 21_{3} 40_{37}
— §. 1 20. 39_{30} 40_{37} 42. 227_{28} † 341. 342
l. 4 20
— §. 1 † 349. $349_{35}{}^{b}$
l. 5 pr. † 449. 510_{11}
— §. 1 † 159_{100} 227_{28}
l. 6 20
— pr. † 159_{100} 226_{26}
— §. 1 23_{26} 26_{16} † 41
— §§. 2—5 20
— §. 2 5_{10} 11_{26}
— §. 3 2_{2} † 86_{1}
— §. 4 3_{2}
l. 8 4_{3} 20 bis
— §. 1 † 5
l. 9 5
— pr. §§. 1 sq. 2_{2}

l. 9 §. 2 † 7 f.
— §. 3 5_{10}
— §§. 3 sq. 4_8
— §. 4 † 8
— §. 5 † 7
l. 10 226_{26}
l. 11 9_{19}
l. 13 4_8
II, 8 qui satisd. l. 15 §. 1 † 300 f.$_{21}$
l. 15 §. 3 301_{21}
—, 14 de pact. l. 1 pr. 342_{26}
III, 3 de proc. l. 42 pr. 48 † 53 53_{23} † 279 bis
—, 4 quod cuiusc. univ. l. 1 §. 2 $25_{15}{}^{a}$
l. 8 $25_{15}{}^{a}$
l. 9 † $35_{27}{}^{i}$ $36_{27}{}^{k}$
—, 5 de N. G. l. 9 §. 1 $225_{22}{}^{a}$
V, 1 de iud. l. 13 219
VI, 1 de R. V. l. 23 §. 1 11_{26}
l. 38 $225_{22}{}^{a}$
—, 2 de Publ. in rem l. 10 80_{21}
—, 3 si ager vectig. l. 1 $374_{79}{}^{b}$
l. 1 §. 1 † $286_{2}{}^{b}$
VII, 1 de usufr. l. 9 §. 4 † 388 f.$_{2}{}^{a}$ $400_{16}{}^{a}$
l. 56 † 51. 58. 131_{14}
l. 59 §. 2 289_{6}
—, 4 quib. mod. usufr. am. l. 23 † 350. 353
l. 24 pr. §. 1 † 353. 354
VIII, 1 de serv. l. 14 §. 2 † $148_{66}{}^{g}$ $150_{66}{}^{k}$ † 152
—, 2 de S. P. U. l. 10 † 186 f.$_{22}$
—, 3 de S. P. R. l. 2 §. 1 335_{7}
l. 3 §. 3 † 384_{6} 451_{20}
l. 9 162_{5} 333_{5}
l. 17 † 153. 166_{13} 463_{14} 464_{16}
l. 23 §. 1 † 354_{20}
— §. 2 206_{26}
l. 25 335_{7}
l. 33 §. 1 † 333_{5}
l. 38 † 456 f.$_{23}$
VIII, 4 comm. praed. l. 2 162_{5} 333_{5}
—, 5 si serv. l. 10 §. 1 † 337_{13}
l. 11 218
l. 13 $332_{4}{}^{c}$
l. 17 §. 2 $286_{40}{}^{a}$
—, 6 quemadm. serv. am. l. 6 $225_{22}{}^{a}$
l. 7 335_{7}
l. 10 §. 1 335_{7}
l. 14 pr. 351 † 351_{48} † 352 $369_{75}{}^{a}$
IX, 2 ad leg. Aquil. l. 27 §. 14 $225_{22}{}^{a}$ 288_{4}
l. 27 §. 32 $332_{4}{}^{c}$
—, 3 de his, qui eff. et deiec. l. 1 §. 2 † 167_{14}
l. 5 §. 5 167_{14}
— §. 6 167_{14}
—, 4 de nox. act. l. 42 §. 2 † 528
X, 1 fin. reg. l. 4 §. 11 † $329_{3}{}^{a}$
l. 6 † $329_{3}{}^{a}$
—, 3 comm. div. l. 19 §. 4 † 334_{7} 335_{6}
l. 28 218
—, 4 ad exh. l. 7 §. 3 80_{21}
XI, 7 de relig. l. 6 §. 1 102_{26}
l. 7 pr. 168_{30}
l. 8 §. 2 † 168. 169
l. 44 3_{2}
l. 46 219
—, 8 de mort. inf. l. 1 §. 5 14_{22}
— §. 7 14_{22}
XII, 6 de cond. ind. l. 26 §. 12 $225_{22}{}^{a}$ 342_{26}
XIII, 6 commod. l. 5 §. 15 $225_{22}{}^{a}$
XV, 1 de pec. l. 11 §. 2 342_{26}
XVII, 2 pro soc. l. 65 §. 12 206_{26}
XVIII, 1 de C. E. l. 4 † $67_{75}{}^{d}$
l. 5 70_{21}
l. 6 pr. 24_{11} 25_{16} $44_{47}{}^{b}$ 70_{21}
l. 9 † $67_{75}{}^{d}$
l. 22 70_{21}
l. 32 † 96_{12}
l. 34 §. 1 † 65 bis 70_{21}
— §. 2 69_{77}
l. 47—49 $332_{4}{}^{c}$
l. 51 † 226
l. 62 §. 1 70_{21}
l. 69 354_{20}
l. 72 §. 1 $25_{12.\ 16}$ $44_{47}{}^{b}$
l. 78 pr. $332_{4}{}^{c}$
—, 6 de per. et comm. l. 13 (12) 166_{11}
XIX, 1 de A. E. l. 15 $332_{4}{}^{c}$
—, 2 loc. l. 9 §. 1 219
l. 24 §. 2 207_{29}
l. 33 206_{26}
l. 35 pr. † $286_{2}{}^{b}$
—, 3 de aestim. l. 1 pr. $302_{21}{}^{e}$
XX, 1 de pign. l. 16 pr. † $389_{2}{}^{a}$
XXI, 1 de aed. ed. l. 40 §. 1 167_{14}
l. 41 167_{14}
l. 42 167_{14}

XXI, 2 de evict. l. 39 §. 3 70_{81}
l. 57 §. 1 456_{98}
l. 66 pr. † 301_{21} a
XXII, 3 de probat. l. 21 70_{84}
XXX de legat. I l. 39 §. 1 25_{12} a
— §. 7 70_{83}
— §. 9 70_{83}
XXXI de legat. II l. 67 §. 8 70_{84}
XXXIII, 2 de usu et usufr. l. 8 131_{74}
—, 4 de instr. v. instrum leg. l. 20 §. 3 207_{99}
XXXVIII, 3 de libert. univ. l. un. §. 1 81_{93}
XXXIX, 1 de O. N. N. l. 1 § 1 † 2. 6 † 6_{13} 9
l. 1 §. 16 167_{16}
— §. 17 † 3. 167_{16} † 544_{11}
— §. 18 226_{36} † 228_{30} 229_{31}
l. 3 §. 4 167_{16}
l. 4 167_{16}
l. 5 §. 10 † 229_{31} bis
l. 8 §§. 2 sq. 522_{16} 541 † 541 f.
l. 20 §. 16 318_{9}
l. 21 §. 3 † 232_{34} a
—, 2 de damno inf. l. 7 pr. † 541_{4} c
l. 7 §. 1 223_{19}
l. 15 §. 2 541_{4} c
— §. 26 † 301_{21} a
l. 18 §. 2 254
l. 24 pr. † 104_{32} 105_{32} 450_{97} a 454 f.
— §. 12 † 185 f. 239_{44} a
l. 26 † 186_{51} 239_{44} a
l. 30 §. 1 332_{4} c
l. 31 pr. † 540 f. a
l. 32 254
—, 3 de a. et a. pl. a. l. 1 §. 6 264
l. 1 §. 11 239_{45} 483_{53}
— §. 21 239_{45} 483_{53}
l. 2 222_{19}
— §. 1 264
— §. 3 33_{27} b
l. 3 §. 3 33 † 33. 34. 35. 222_{17}
l. 4 §. 2 35_{27} g. $_{27}$ h
l. 5 35_{27} g. $_{27}$ h
l. 10 §. 2 152_{90} † 165_{10} bis 507_{99} b $_{100}$ 515_{2}
l. 17 §. 2 † 326_{1} b
— §. 3 † 325_{1} b
— §. 4 451_{90}
l. 18 141
— pr. 33 † 33. 35 bis † 35_{27} k 36_{27} k 222_{17}
— §. 1 150_{98} k † 153
l. 24 §. 3 354_{80}
l. 26 † 154. 463_{15}
XXXIX, 4 de publican. l. 1 § 1 285_{3} a
XL, 11 de natal. rest. l. 2 341_{30}
XL, 1 de a. r. d. l. 7 §. 1 † 387
l. 7 §. 3 † 404. 407. 408. $408_{26.\ 28}$ 409_{21} 413_{34} 418. 419ter 434. 435_{37}
— §. 4 † 326_{1} b
— §. 5 341_{33} 346_{34} b †349f. 366 f. 382_{89} 406. 407. 420. 433
— §. 6 † 351. 369
l. 12 pr. 354_{80}
l. 14 pr. † 19 25_{12} 39_{21} † 226 bis 226_{36}
— §. 1 † 159_{100}
l. 15 † 450
l. 16 † 205_{88} † 370 f. 373
l. 29 † 404. 410_{21} 419 bis 422. 423. 424. 426. 428 † 436. 438
l. 30 pr. † 404. 420. 424
— §. 1 †366. 369 †383 386. 406. 433. 449
— §. 2 † 369 f. $_{75}$ b 375_{80} 404 † 407_{22} 409. 418. 430_{60} 431. 432 bis 433
— §. 3 346_{34} b † 351 f. 351_{48} 369_{75} a
l. 38 351_{48} 369_{75} a bis 382_{89} † 391 f. 394
l. 41 † 305 † 306_{42} 307_{45}
l. 50 $166_{10.\ 12}$ † 229_{31} ter † 230
l. 56 382_{89}
— pr. † 405. 407_{22} 409. 418. 420. 428_{59} 432 bis
— §. 1 364_{66} 367. 369. † 409. 413. 418. 419. 432 bis
l. 65 §. 1 † 450 f. 505_{93}
— §. 2 † 376 † 378_{85} † 403_{18} a † 430. 430_{60}
— §. 3 382_{89} † 405. 407_{22} 418
— §. 4 346_{34} b † 378 † 379. 379_{86} bis
XLI, 2 de a. p. l. 1 §. 5 80_{91}

l. 1 §. 22 † 79$_{20}$ 80$_{21}$ 81. 307$_{22}$
l. 2 80$_{21}$
l. 3 §. 12 80$_{21}$
— §. 17 † 348
l. 10 §§. 1 sq. 295$_{17}$[b]
l. 18 §. 1 225$_{22}$[a]
l. 23 §. 2 † 66$_{75}$[c]
l. 30 §. 3 † 348
XLI, 3 de usurp. l. 9 † 22. 28$_{28}$ 44$_{47}$[b] † 75. 78$_{28}$
l. 18 28$_{22}$
l. 24 §. 1 28$_{22}$
l. 33 §. 6 295$_{17}$[b]
l. 45 pr. † 156 f. 157. 157$_{28}$ 158$_{28}$[a] 159. 160$_{1}$
l. 47 80$_{21}$
XLII, 5 de reb. auct. l. 29 † 305 † 306$_{43}$ † 306$_{44.45}$
XLIII, 1 de interd. l. 1 pr. † 3. 37. † 39
l. 2 §. 1 † 2. 5 f. 6$_{15}$ 9. † 214$_{7}$ † 278. 279. 525
— §. 2 † 3. 9
—, 4 ne vis fiat ei l. 1 §. 8 318$_{9}$
—, 6 ne quid in loco sacro l. 1 pr. † 1
l. 1 §. 1 (nicht 2) 7
— §. 2 (nicht 3) † 6
— §. 3 † 8
l. 2 † 5. 152
—, 7 de loc. et itin. publ. Rubr. 211. 223
l. 1 † 167
l. 2 † 169
l. 3 pr. 31$_{26}$[b] † 210
— §. 1 † 210
—, 8 ne quid in loco publ. Rubr. 6$_{13}$ 211
l. 1 † 165$_{10}$ 216. † 216
l. 2 263
— pr.—§. 19 216
— pr. † 150 f † 216. 235$_{30}$
— §. 1 † 217
— §. 2 † 38 † 45 † 46$_{52}$ † 48 † 52 † 54 f.$_{67}$ 164$_{9}$ † 217. 219 † 279$_{34}$ 435
— §. 3. 4$_{9}$ 26$_{18}$[a] † 202 † 223. 300. 379$_{36}$
— §. 4 25$_{13.14}$ † 203 f. 204 † 223
— §. 5 † 204 † 223
— §. 6 † 231 f.
— §. 7 † 237
l. 2 §. 8 † 227 f. † 229 f.
— §. 9 † 23. 171$_{28}$ † 172 † 233 f. 281$_{29}$ 343$_{39}$
— §. 10 150$_{56}$[k] † 151. 177. 237$_{42}$ † 238
— §. 11 † 238
— §. 12 177 † 238
— §. 13 † 239. 483$_{53}$
— §. 14 † 238
— §. 15 † 152 † 239 f.
— §. 16 150$_{56}$[k] † 151 † 240. 251
— §. 17 † 95 f. 97 bis 162$_{3}$ 166$_{10}$ † 235. 530$_{32}$
— §. 18 232$_{34}$[a] † 233
— §. 19 † 2. 9. 26$_{10}$ † 237
— §§. 20—34 259
— §. 20 211$_{3}$ † 260
— §§. 21—23 260
— §. 21 30$_{24}$[a] 37 † 37. 38 † 204 ff.
— §. 22 † 206. 208$_{4}$ † 209$_{6}$ † 209 f. † 210
— §. 23 118$_{30}$ † 206 f. † 209$_{7}$ 211. 224$_{10}$[c]
— §. 24 166$_{10}$ † 261. 261$_{27}$[a] 263$_{27}$[d] 271$_{33}$
— §. 25 166$_{10}$ † 261. 261$_{27}$[a]
— §. 26 † 263
— §. 27 † 263
— §. 28 init. † 264 bis
— §. 28 i. f. † 265
— §. 29 † 266
— §. 30 † 267. 507$_{30}$[a]
— §. 31 † 267
— §. 32 † 268
— §. 33 † 268. 268$_{72}$ bis 454
— §. 34 † 269. 270. 278$_{30}$ 318$_{9}$
— §§. 35—44 271
— §. 35 211$_{17}$ 231$_{33}$ 237$_{41}$ † 271. 513$_{17}$ 530$_{33}$
— §. 36 † 271
— §. 37 † 273
— §. 38 † 273 † 528$_{28}$
— §. 39 † 275 f.
— §. 40 † 276. 316$_{2}$
— §. 41 † 274
— §. 42 274 † 275. 530$_{34}$
— §. 43 † 276 f. 513$_{19}$
— §. 44 init. † 277
— §. 44 i. f. † 277 f.

l. 2 §. 45 211_{17} 233_{25} † 278 495_{78} 532_{2}
l. 3 pr. † 224 f.
— §. 1 152_{20} 165_{10} 166_{12} † 227. 343_{28}
l. 4 166_{12} † 227. 455
l. 5 † 222
l. 6 55_{68} † 220 f.
l. 7 † 235. 530_{52}
XLIII, 9 de loco publ. fruendo
l. 1 pr. $33_{27}{}^{a}$ † 282
— §. 1 285_{2} † 288 f.
— §. 2 † 279_{95} † 304
— §. 3 † 302 f.
l. 2 † 154 † 304ter
—, 10 de via publ. tit. 166_{11}
l. un. pr. † 310
— §. 1 † 312
— §. 2 311 † 312
— §. 3 † 312 f.
— §. 4 † 313
— §. 5 † 313
—, 11 de via publ. refic. Rubr. 211
l. 1 pr. 211_{17} † 315
— §. 1 315 † 315 f. 317_{6}
— §. 2 177 † 317. 317
— §. 3 278_{89} † 318
l. 2 $31_{26}{}^{d}$ † 141 † 319
l. 3 320
l. 3 pr. † 320. 322
— §. 1 166_{10} † 322
—, 12 de flum. ne quid in flum. Rubr. 6_{12} 468_{22} 501
l. 1 508
l. 1 pr. 165_{10} 455. 460_{3} 495. † 505
— §§. 1—10 323
— §. 1 † 324. 325. $326_{1}{}^{b}$ 328
— §. 2 † 324
— §. 3 † 324 f. 325
— §. 4 † 325 bis $346_{24}{}^{b}$ 505. 505_{91}
— §. 5 † 447
— §§. 6 - 16 505
— §. 6 374 † 375. 376. 377 bis 404. 407_{25} 409. 418. 419 bis 505_{94}
— §. 7 39_{32} $346_{24}{}^{b}$ † 348 † 357. 365. 366. 374. 406. 419. $506_{95.\ 96}$
— §. 8 † 345. 505_{92} 534_{9}
— §. 9 344_{23} † 351. 506_{96}
l. 1 §. 10 $370_{75}{}^{b}$ † 375 † 506. 506_{97}
— §. 11 $450_{37}{}^{a}$ † 506 f.
— §. 12 $450_{37}{}^{a}$ $460_{3}{}^{a}$ 468_{22} 472 † 496 bis 496_{76} 498ter 507_{100}
— §. 13 † 508
— §§. 14 sqq. 455
— §. 14 † 509
— §. 15 † 510 f.
— §. 16 † 511 f. 519_{13}
— §. 17 † 496. 498 bis 508_{1}
— §. 18 $460_{3}{}^{a}$ † 496. 496_{76} 498 bis 507_{100}
— §. 19 460_{4} 498 † 512. 529_{30}
— §. 20 † 512
— §. 21 $512_{1,7}$ † 513. 530_{53}
— §. 22 512_{16} † 513
l. 2 † 165_{10} 166_{12} 463_{12} bis † 466. 498
l. 3 pr. † 447
— §. 1 † 447. 448_{33}
— §. 2 † 448
l. 4 † 453. 454 quater 455. 458
XLIII, 13 ne quid in flum. publ. fiat tit. 500. 501
l. un. pr. §§. 1 - 11 514
— pr. 460_{5} 467_{20} 497. 502 † 514
— §. 1 463_{12} † $467_{21}{}^{a}$ † 515. 517_{5}
— §. 2 † 515
— §. 3 34_{27} f. † 515 f. 515_{3} † 516. 516 f.$_{5}$ 525. 530_{53}
— §§. 4 sq. 518
— §. 4 † 518
— §. 5 † 519
— §. 6 264. 500. † 520
— §. 7 500. 520_{14} † 521
— §. 8 530_{53}
— — init. † 522 f.
— — i. f. † 523 f.
— §. 9 † 524 f. 526. 528
— §. 10 526 † 526. 527 bis 528. 529
— §§. 11—13 529
— §. 11 460_{3} 463_{15} 467_{21} 497. 502. 512_{16} † 529
— §. 12 523_{17} † 526 † 529 f.
— §. 13 † 530

XLIII, 14 ut in flum. publ. navigare tit. 501
l. un. pr. 123$_{38}$ 345$_{34}$ 460$_{7}$ 521$_{15}$ † 532 † 533
— §. 1 † 532
— §. 2 † 535
— §§. 3—5 533
— §§. 3 sq. 522$_{16}$
— §. 3 293 † 355
— §§. 4 sqq. † 355
— §. 4 sq. 293
— §§. 5 sq. † 345$_{34}$
— §. 6 293 † 534
— §. 7 † 290 bis 291. 292. 293. 293$_{13}$ † 494. 495. 536
— §. 8 † 537
— §. 9 † 494. 495 bis 537
—, 15 de ripa mun. l. un. pr. 460$_{5}$ † 512$_{15}$ † 539
l. un. pr. §. 1 † 539
— §. 2 † 509$_{7}$ 539
— §. 3 † 541
— §. 4 † 542
— §. 5 † 543
— §. 6 † 543
—, 16 de vi l. 1 §. 5 295$_{13}$
—, 19 de it. actuq. priv. l. 1 §. 9 353$_{49}$[b]
—, 20 de aq. cott. l. 1 §. 7 333$_{5}$ † 336$_{12}$
l. 1 §. 11 sq. 336$_{12}$
— §. 17 336$_{12}$
— §. 25 337$_{13}$
— §. 26 † 333$_{9}$
— §. 27 † 337$_{14}$
— §. 38 † 153
— §. 39 † 153
— §. 40 † 153
— §§. 41 sqq. 463$_{14}$ 464$_{15}$
— §. 41 † 153 333$_{5}$
— §. 42 150$_{36}$[k] † 153
— §. 43 † 153 f. 162
l. 3 §. 2 † 389$_{2}$[a] 399$_{15}$
— §. 4 † 154. 463$_{15}$
l. 4 334, 335$_{9}$ 482$_{52}$
l. 5 pr. 335$_{7}$
—, 21 de riv. l. 1 §. 3 † 268$_{28}$
— §. 5 † 519$_{21}$[a]
l. 2 333$_{5}$
—, 23 de cloac. l. 1 §. 7 † 280
—, 24 quod vi l. 3 §. 4 † 22 f. 113$_{44}$ 150$_{37}$ † 151 f. 166$_{11}$
l. 3 §. 7 152$_{39}$
l. 5 §. 4 † 23 152$_{33}$ † 39 166$_{11}$
l. 7 §. 4 113$_{44}$
— §. 8 171$_{23}$ 236$_{40}$[a] 275$_{36}$
l. 11 pr. 483$_{53}$ 517
— §. 1 171$_{23}$ 236$_{40}$[a] † 306 † 304$_{43}$. 45
— §. 12 288$_{4}$
l. 12 288$_{4}$
l. 13 §. 5 12$_{29}$
l. 20 §. 5 171$_{23}$ 236$_{40}$[a] 275$_{36}$
XLIII, 26 de prec. l. 2 §. 2 342$_{26}$
— §. 3 114$_{45}$
l. 3 114$_{45}$
—, 29 de hom. lib. exh. l. 3 §. 13 54$_{36}$
—, 32 de migr. l. 1 §. 6 318$_{9}$
XLIV, 1 de except. l. 23 † 305 307$_{45}$
—, 2 de exc. rei iud. l. 26 §. 1 405$_{18}$[e] 419
—, 3 de div. temp. praescr. l. 7 † 156. 157ter 157$_{33}$ 158$_{38}$[a]
XLV, 1 de V. O. l. 31 65$_{74}$
l. 35 §. 1 65$_{74}$
l. 83 §. 5 26$_{12}$[a] 44$_{47}$[b] † 64$_{74}$ 69$_{77}$ † 205$_{13}$
l. 98 pr. 65$_{74}$
l. 122 † 509$_{7}$
l. 137 §. 6 26$_{12}$[a] 44$_{47}$[b] † 64 f.$_{74}$ † 205$_{33}$
XLVI, 5 de stip. praet. l. 1 §. 6 541
XLVII, 2 de furt. l. 21 §. 7 199
l. 35 §. 1 † 338$_{17}$
l. 82 (81) 22$_{5}$ 25$_{15}$
—, 9 de incend. l. 10 166$_{13}$ (s. Berichtigungen und Zusätze)
—, 10 de iniur. l. 13 §. 7 † 23$_{5}$[a] † 171 f. † 234. 281$_{30}$ † 287. 290 bis 291ter † 291 f. 292. 293. 297$_{22}$ 343$_{29}$ † 354$_{30}$ 533$_{6}$
l. 23 199
l. 44 171$_{26}$ 199
—, 11 de extraord. crim. l. 1 §. 1 † 169
—, 12 de sepulchro viol. l. 3 pr. 54$_{36}$
l. 3 §. 9 48 † 54$_{35}$
— §. 12 48 † 54
—, 23 de popul. act. l. 1 49 † 52. 53
l. 6 † 48 † 55$_{39}$

XLVIII, 13 ad leg. Jul. pecul. l. 1 22_7 24_{11} f.
l. 5 §. 4 (l. 4 §. 7) 22_6
XLIX, 14 de J. F. l. 3 §. 10 † 101 bis 102_{26}
L, 1 ad municip. l. 27 §. 1 207_{29}
—, 4 de muner. et hon. l. 1 §. 2 † 23
l. 2 166_{11}
—, 13 de extraord. cogn. l. 2 166_{13} † 338_{16} † 464 f.$_{16}$ a
—, 15 de censib. l. 4 §. 6 † 349_{35} b 354_{50}
—, 16 de V. S. l. 15 † 24 25_{13} a
l. 16 † 21 f.
l. 17 pr. † 25_{13} a. 17
— §. 1 † 22. 97
l. 42 342_{26}
l. 46 pr. 155_{24}
l. 59 † 508
l. 96 pr. † 225_{22} 446_{78} b 448_{23}
—, 17 de R. J. l. 35 342_{26}

Institutiones

I, 2 de J. N. G. et C. §. 2 † 341_{29}
II, 1 de R. D. pr. † 21. 40_{27} 42 ter
§. 1 39_{30} 40_{27} † 227_{28} 340_{17} a † 341_{21} 343_{21}
§. 2 349_{35} b
§. 3 39_{30}
§. 4 131_{76} 449_{23}. 35
§. 5 39_{30} † 226 227_{28}
§. 6 † 23_5 b 26_{19} 37 † 41. 42 bis
§. 7 11_{26}
§. 8 2_2
§. 9 3_2
§. 10 4_3 9_{10}
§. 20 372_{78} 373 bis 387 387_{24-28}
§. 22 373 bis 404. 404_{19} b—d 408. 408_{26}. 28. 29 410_{21} 418. 419_{100} 434 bis 435_{37} bis 437. 438. 439. 440
§. 23 349_{36-42} 373. 406. 420
§. 24 351_{43-47}
§. 39 † 98. 99. 100 bis 101 bis 102. 102_{26}
—, 6 de usucap. §. 9 28_{22}
—, 20 de legat. §. 4 44_{47} b 70_{33}. 34
III, 19 de inutil. stip. §. 2 25_{17} b 26_{19} 44_{47} b 65_{15}
—, 23 de empt. §. 5 44_{47} b † 67_{75} d 70_{31}
—, 24 de locat. §. 3 300_{30}
IV, 4 de iniur. §. 8 199

Novellae

119 c. 7 77

Kurhessische Gesetze

Mühlenordnung v. 29. December 1820 §. 1 488_{23}
Verordn. v. 31. Dec. 1824 §. 7 488_{23} b 35
§. 8 488_{23}
§. 16 488_{23}

Leges

Lex agraria a. 643 u. c. v. 25 † 285_2. $_3$ a
Lex Jul. municip. v. 20—23 313 f.
v. 20—24 314
v. 24—28 314
v. 29—32 314
v. 32—45 314
v. 53—55 314
v. 55—67 314
v. 68—73 314

Livius

XXVII, 3 † 285_2 a
—, 11 † 285_2 a
XXXII, 7 † 285_2 a
XLII, 19 † 285_2 a

Macrobius Saturnalia

III, 3, 2 † 11_{25}

Paulus receptae sententiae

I, 14, 1 322_{19}
IV, 1, 8 † 71_{25}
V, 4, 4 170
—, 5 170
—, 13 † 169
—, 14 170
—, 15 170
—, 16 170
—, 17 170
—, 21 170
—, 22 170
—, 6, 2 166 † 214_5. 6 † 283

V, 6, 9 † 335$_{9}$ † 338$_{16}$
—, 26, 3 4$_{9}$ † 19

Plinius epistolae

VII, 18, 2 sq. 299$_{29}$

Preußische Gesetze

Allgemeines Landrecht I Tit. 8 180$_{48}$
I, Tit. 9 §§. 247 ff. 415$_{24}$
II, 15 §. 38 485$_{60}$
— §. 44 † 489$_{64}$
— §. 46 † 489$_{64}$
— §. 47 † 489$_{64}$
— §. 49 † 489$_{64}$
— §. 50 † 489$_{64}$
— §. 51 † 489$_{64}$
— §. 52 † 489$_{64}$
— §. 73 † 489$_{64}$
— §. 80 68$_{76}$[b]
Allerh. Kabinetsordre v. 24. Februar 1816 (die Verhütung der Verunreinigung der schiff- und floßbaren Flüsse und Kanäle betr.) 473$_{24}$
Ges. v. 7. März 1822 (Stempelges.) §. 3 i. Abs. 2 91$_{9}$[c]
Tarif 91$_{9}$[c]
— 11. Mai 1842 (über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen) §. 4 107$_{28}$
— 28. Februar 1843 (über die Benutzung der Privatflüsse) §. 1 482 f.$_{22}$[a] † 486$_{62}$[a]
§. 2 † 490$_{65}$
§§. 3–6 473$_{20}$
§. 8 † 493$_{70}$ bis
§. 6 † 493$_{70}$
§§. 13 u. f. 486$_{62}$[a]
§. 13 Abs. 1 487$_{62}$[a]
— Abs. 2 487$_{62}$[a]
§. 14 487$_{62}$[a]
— 21. Mai 1861 (betr. die anderweite Regulirung der Grundsteuer) §. 3 † 109$_{41}$
§. 4 † 108 f.$_{41}$
— 18. März 1868 (betr. die Errichtung öffentlicher, ausschließlich zu benutzender Schlachthäuser) §. 5 27$_{20}$
§. 12 98$_{22}$
Ges. v. 26. April 1872 (betr. die Erhebung von Marktstandsgeld) 27$_{20}$
— 5. Mai 1872 (Grundbuchordnung) §. 2 Abs. 1 90 † 108
— 13. December 1872 (Kreisordnung) 107$_{28}$
— 11. Juni 1874 (Enteignungsgesetz) Rubrik 258$_{64}$
Tit. 2 §. 8 257
— §. 14 256 † 256$_{62}$
- 3 unter 1 (Feststellung des Planes) 246
— §. 15 243$_{47}$
— 2. Juli 1875 (betr. die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften) §. 11 115$_{46}$
— 8. Juli 1875 (betr die Dotation der Provinzial- und Kreisverbände) §. 7 89$_{5}$
§. 18 Abs. 2 88
— Abs. 3 91
— 12. März 1877 (betr. einige Abänderungen der gesetzlichen Vorschriften über die Veranlagung der Grundsteuer, der Klassen- und klassificirten Einkommensteuer) Art. I † 109$_{41}$
— 19. März 1881 (betr. die Abänderung von Bestimmungen der Kreisordnung u. s. w.) 106 f.$_{28}$
— 1. August 1883 (Zuständigkeitsges.) §. 9 Abs. 1 106$_{36}$
§. 26 Abs. 1 106$_{36}$
§. 150 243$_{47}$

Reichsgesetze des neuen deutschen Reiches

Einführungsges. zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund v. 31. Mai 1870 §. 2 Abs. 1 197 f.
Ges. v. 25. Mai 1873, über die Rechtsverhältnisse der zum dienstlichen Gebrauche einer Reichsverwaltung bestimmten Gegenstände §. 1 Abs. 2 † 109$_{41}$

Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich v. 26. Februar 1876
§. 183 202
§. 184 202
§§. 185—200 200
§§. 185 ff. 198
§. 185 202
§. 240 † 201$_{87}$
§. 253 † 201$_{89}$
§. 304 173$_{33}$
§. 321 173$_{33}$ bis
§. 326 173$_{33}$ bis
§. 339 † 201$_{87}$
§. 360 unter 11 † 202$_{90}$
§. 366 unter 3, 5, 8, 9, 10 173$_{33}$
§. 367 173$_{33}$
§. 367 unter 1 197
Civilprozeßordnung v. 30. Januar 1877
§. 715 10$_{25}$ bis
§. 754 † 75$_{35}$ f.
§. 775 233
Einführungsgef. zur Strafprozeßordnung v. 1. Februar 1877
§. 11 Abs. 1 198. 200
Gewerbeordnung v. 1. Juli 1883
§. 68 27$_{22}$

Sachsenspiegel Landrecht
II, 28, 1 † 475$_{34}$
Glosse dazu † 475$_{34}$
—, 2 476$_{34}$
—, 4 † 475$_{33}$ 476$_{34}$
— 56, 3 † 478$_{42}$
III, 66, 2 f. † 117$_{49}$

Schwabenspiegel (v. Laßberg)
c. 197 §. 2 † 475$_{33}$

Suetonius
Augustus c. 29 30$_{26}$*

Theodosius II.
Codex
X, 19 de metall. et metallar. l. 10 97
XIII, 5 de navicular. l. 14 §. 1 † 509$_{8}$
XIV, 21 de naut. Tiber. l. 1 † 509$_{8}$
XV, 1 de oper. publ. l. 22 † 147
Novellae
XX 373
— §. 1 † 373

Theophilus paraphrasis graeca institutionum imperialium
II, 1 de R. D. §. 1 343
§. 39 99
—, 8 per quas pers. nob. adq. §. 6 † 99
IV, 3 de lege Aquil. §. 5 † 210$_{12}$ † 211$_{13}$

Ulpianus fragmenta
XXII, 5 81$_{92}$
XXIV, 8 70$_{38}$

Urkunden
v. 859 (Karl der Kahle) 476$_{34}$
— 867 (derf.) 476$_{35}$
— 868 (Ludwig der Deutsche) 476$_{34}$
— 888 476$_{34}$
— 949 (Otto der Große) 476$_{35}$
— 994 (Otto III.) 476$_{35}$
— 1063 (Heinrich IV.) 476$_{34}$
— 1148 † 477$_{42}$

Varro de lingua Latina
V, 26 † 355$_{51}$

Württembergisches Gesetz
v. 5. Sept. 1839 Art. 17 198

Berichtigungen und Zusätze.

S. 6 Z. 13 v. o. l. L. 1 cit. §. 2 st. L. 1 cit. §. 3.
S. 7 Z. 5 v. u. l. L. 1 cit. §. 1 st. L. 1 cit. §. 2.
S. 26 N. 18a Z. 1 v. o. l. l. 83 §. 5 st. l. 83 §. 3.
S. 31 N. 26c l. N. 70 st. N. 48.
S. 67 N. 75d Z. 8 v. u. l. §. 5 st. l. 5.
S. 117 N. 48 Z. 2 v. u. l. up enem st. up enen.
S. 122 N. 57a ist hinzuzufügen: Dergleichen war schon den Römern bekannt. So unterwarfen die leges Sempronia, Cornelia, Julia die Fahrstraßen (actuarii) der nach ihnen angelegten Colonieen der Staatsservitut des Durchmarsches. Hygin. de limit. const. p. 168 v. 16—p. 169 v. 2: per hos (sc. actuarios) iter populo sicut per viam publicam debetur: id enim cautum est lege Sempronia et Cornelia et Julia. Rudorff gromat. Institt. S. 349.
S. 135 Z. 10 v. u. l. propriae st. propria.
S. 155 N. 94 a. E. ist beizufügen: und l. 3 Cod. quomodo et quando 7, 43.
S. 155 N. 94 Z. 5 v. o. l. Cod. st. cod.
S. 165 muß der Eingang von Ziffer 12 lauten:
Abgesehen von der Extracommercialität unterscheidet sich die rechtliche Behandlung der dem öffentlichen Dienste gewidmeten res publicae in keiner Weise von derjenigen der im Eigenthume Privater befindlichen Sachen. Anders verhält es sich mit den eigenthumsfähigen Sachen, welche dem Gemeingebrauche gewidmet sind. Wie ordentlicherweise diese Widmung nur kraft u. s. w.
Das. Z. 9 v. o. ist z. l. des Gemeingebrauches st. dieses öffentlichen Gebrauches.
S. 166 N. 11 Z. 1 v. o. ist zu streichen l. 7.
Das. Z. 3 v. o. l. l. 5 §. 4 st. l. 5 und l. 1 §. 2 st. l. 2.
Das. N. 12 ist beizufügen: beweisen hierfür freilich nichts (s. oben N. 10); wohl aber gehört hierher l. 10 D. de incend. 47, 9.
Das. N. 13 Z. 1 v. o. ist zu streichen l. 10 §. 2 D. de a. et a. pl. a. 39, 3.
S. 190 N. 60 l. N. 66 st. N. 65.
S. 205 N. 95 Z. 1 v. o. l. c. 126 st. p. 126.
S. 206 N. 96 Z. 2 v. u. l. 19, 2 st. 19, 1.
S. 226 N. 26 Z. 1 v. o. l. D. de D. R. 1, 8 st. 2, 1.
S. 229 N. 31 Z. 6 v. o. l. sect. st. sul.
S. 259 Z. 2 v. u. l. l. 2 §§. 20—34 st. §§. 20—35.
S. 285 N. 2 ist beizufügen: S. jetzt auch Karlowa röm. Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 317 vor N. 1.
S. 296 N. 21 ist hinzuzufügen: Gegen die Beschränkung des Interdicts auf

Großpächter auch P. Krüger in Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft N. F. Bd. 15 S. 489 f.

S. 316 N. 2 Z. 2 v. o. l. l. 2 §. 40 st. l. 1 §. 4.

S. 318 N. 6 ist hinzuzufügen: Nicht hierher gehört l. 31 pr. D. de damno inf. 39, 2. Nach der Inscription (Paul. lib. 78. ad ed.) ist unter dem damnum vicinorum ohne Zweifel nur ein solches damnum gemeint, gegen welches man sich mit der cautio damni infecti schützen kann. S. l. 15 §. 8 eod. vgl. l. 24 §. 12 und l. 26 eod. und dazu oben S. 185 zu N. 51.

S. 349 N. 35b Z. 3 v. o. l. censib. st. cessit. und Ulp. st. Ulb.

Das. Z. 5 v. o. l. l. 4 §. 1 st. l. 2 §. 1.

S. 350 Z. 5 v. o. l. quia st. qui.

S. 355 Z. 8 v. o. ist vor **Unterschied** einzuschalten: natürliche.

Das. Z. 9 hinzuzufügen 50a und als N. 50a: S. unten Tit. 14 Ziffer 2 zu N. 8.

S. 368 N. 75 Z. 1 v. o. l. agr. st. ayr.

S. 420 Z. 9 v. o. l. §. 23 st. §. 22.

S. 467 Z. 7 v. u. l. fluxit st. fluxerit.

S. 509 N. 7 Z. 4 v. u. l. 43, 15 st. 43, 14.

HARVARD LAW LIBRARY

Gift of

John Chipman Gray

RECEIVED APR 6 1933